
El jurista romano y su labor de concreción de la justicia

The Roman Jurist and his Labor of Justice Concretion

Rosario DE CASTRO CAMERO

Universidad de Sevilla
rdcastro@us.es

RECIBIDO: 02/03/2016 / ACEPTADO: 02/12/2016

Resumen: Una de las más importantes actividades de los juristas romanos clásicos fue la de dar concreción al *bonum et aequum* en cada caso particular. Tal es el sentido en el que cabe interpretar las palabras de Pomponio, cuando dice *quod constare non potest ius, nisi si aliquis peritus, per quem possit cottidie in melius produci* (D. 1.2.2.13 [Pomp. enchir. sing.]). Los juristas romanos, razonando con base en principios tales como la equidad y la *fides*, buscaban resolver problemas concretos. De esa forma, iba perfeccionando el derecho día a día. Muchas de esas soluciones, con el tiempo, llegaron a convertirse en reglas de derecho, cuya forma de creación conviene que sea analizada.

Palabras clave: Jurisprudencia romana; metodología jurídica; orden natural; equidad; tópica; *regulae iuris*; analogía; *ratio iuris*.

Abstract: One of the most important activities of Roman classical jurists was giving concretion to the *bonum et aequum* in any particular case. This is the sense in which could be interpreted the words of Pomponio, when he says *quod non potest ius, nisi constare if aliquis peritus, per quem in melius producing cottidie possit* (D. 1.2.2.13 [Pomp. enchir. sing.]). Roman jurists, reasoning based on principles such as equity and *fides*, sought to resolve specific problems. That way, he was refining law every day. Many of these solutions, with time, became rules of law, whose form of creation should be analyzed.

Keywords: Roman Jurisprudence; legal methods; nature; equity; topic; *regulae iuris*; analogy; *ratio iuris*.

1. INTRODUCCIÓN

En su obra, *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, Álvaro d'Ors destaca cómo la convivencia en armonía exige el establecimiento de ciertos límites¹. Éstos, en principio, vendrían proporcionados por el derecho natural y se caracterizarían por ser universales e inalterables. Junto a ellos, el hombre establecería otros, convencionales, propios de un determinado momento histórico y de un grupo en particular, por medio

¹ D'ORS, Á., *Derecho y sentido común*. Cuadernos Civitas, 2ª ed., Madrid, 1999, p. 27 considera que, en tanto en cuanto los postulados de derecho positivo sean conformes al derecho natural, será un derecho legítimo. D'Ors distingue el derecho positivo del derecho vigente: el primero es el que se impone por la voluntad del titular de potestad y, el segundo, el que realmente se aplica. Cfr. también d'ORS, Á., *Nueva introducción al estudio del derecho*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 29s., 71.

de los cuales completaría y daría concreción al orden natural. Ahora bien, para que este derecho positivo llegue a aceptarse de manera no forzada debe coincidir con determinados postulados éticos y morales. Es necesario que, además de ser admitidos por la sociedad que los ha establecido para ordenar su convivencia, sean asumidos por la conciencia de cada uno de los individuos que la integran. La labor del jurista consistiría fundamentalmente en concretar los principios del derecho natural que actúan como criterios rectores de la conducta y orientan el juicio sobre la misma. Pues, como defiende D. Álvaro, los preceptos jurídicos, al igual que otros preceptos morales, no pueden ser valorados en abstracto, sino en relación con el caso concreto².

Este planteamiento de d'Ors, pleno de coherencia y lucidez, no siempre ha sido tenido en cuenta. La consecuencia ha sido que muchos de los enunciados del derecho positivo actual chocan con el ser del hombre y lo que su razón natural rechaza. En este trabajo queremos profundizar sobre la labor del jurista en la búsqueda de los principios de justicia y su concreción en los casos proporcionados por la realidad. Esta tarea empieza a desarrollarse de forma científica, por primera vez, en Roma. De ahí que nuestra reflexión esté dedicada a analizar cómo esto se llevó a cabo. Sólo entendiendo la metodología utilizada por aquellos que hicieron de lo bueno y lo justo un arte podremos comprender mejor el papel que, en la actualidad, puede jugar la ciencia jurídica europea.

El jurista Celso nos proporciona una breve y clara idea de lo que era el *ius*, recogida por Ulpiano (D. 1,1,1 pr. [Ulp. 1 reg.]), la cual nos sitúa ante la que sería la finalidad propia de éste, el *bonum et aequum*:

Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.

Los principios fundamentales del *ius*, cuya más clara formulación la ofrece Ulpiano en D. 1.1.10.1 (Ulp. 1 reg.), tendrían carácter universal y permanente, siendo válidos más allá de unas determinadas circunstancias espaciales y temporales. Gracias a ellos, los operadores jurídicos disponen de un eficaz instrumento para discernir, en cada situación concreta, lo justo de lo injusto, lo lícito de lo ilícito³. Ulpiano, al describir los *tria praecepta iuris* (vivir honesta-

² Cfr. d'ORS, Á., *Derecho* cit., pp. 31, 38.

³ CERAMI, P., voz «Giurisprudenza-Scienza giuridica nel diritto romano», *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile* IX, UTET, Torino, 1993, p. 191. En la misma línea, VALLET DE

mente, no dañar a nadie y darle a cada uno lo suyo) está ofreciendo una síntesis de lo que es el derecho y, al mismo tiempo, una orientación general sobre la vida en sociedad⁴:

Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.

Según Gallo, al calificar el jurista estos preceptos como *iuris*, los está situando como fundamento de todo el fenómeno jurídico, aun cuando sus raíces se hallen en el ámbito filosófico, en concreto en el pensamiento estoico. Asimismo, opina que constituyen el núcleo central sobre el que posteriormente se desarrollará el iusnaturalismo⁵. Falcone coincide en que se trata de una formulación eminentemente filosófica, inspirada en gran medida en la obra de Cicerón. En sus escritos, podemos encontrar recogida su idea de justicia, que implica honestidad (*de leg.* 2.11), no dañar a nadie (*de off.* 1.20) y dar a cada uno lo que le corresponde (*de off.* 1.64; 2.85)⁶.

La principal tarea de la jurisprudencia romana habría sido la de identificar y establecer los principios orientadores del derecho, dirigidos a buscar la justicia y hacer de ella algo real. Para lograr esto, algunos prudentes como Neracio llegaron a la conclusión de que era necesario apoyar el derecho en la ética para que conservara su integridad. Como Scarano Ussani pone de relie-

GOYTISOLO, J., *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Montecorvo Madrid, 1982, pp. 565s. sostiene que la definición que Celso da del derecho como arte de lo bueno y lo justo requiere de la participación de determinados artífices que, en cada caso, establezcan *id quod iustum est*.

⁴ Cfr. BIONDI, B., «Funzione della giurisprudenza romana nella vita moderna», *Rivista di Diritto civile* 10 (1) (1964) p. 8. Cfr. también, NAVARRO GÓMEZ, F.J., *La razón de la ley. Un estudio, confrontación histórica y filosófica sobre el «derecho universal» de Giambattista Vico*, Fenix, Sevilla, 2009, pp. 128s. A su modo de ver, el primero de ellos sería un principio de derecho natural, mientras que los otros dos lo serían de derecho de gentes al presuponer la existencia de una comunidad. Su valor es, en cualquier caso, el de elementos informadores del derecho positivo.

⁵ Cfr. GALLO, F., «Fondamenti romanistici del diritto europeo: a proposito del ruolo della scienza giuridica», en LABRUNA, L. (dir.), *Tradizione romanistica e costituzione II*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2006, pp. 1957s., 1970. Gallo pone de manifiesto la diferencia entre entender el derecho como *ars* o como una suma de *praecepta*. En el primer caso, el derecho es visto como un producto humano, hecho por el hombre; en el segundo, sin embargo, como una realidad preexistente, dada por Dios, la naturaleza, la religión, etc. Concebir el derecho como un *ars* significa poner el acento en «hacer», mientras que considerar que consiste en los *tria iuris praecepta* supone limitar la función del jurista a la actividad de «conocer».

⁶ FALCONE, G., «La vera filosofia dei sacerdoti iuris. Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi», *Annali del Seminario Giuridico dell' Università di Palermo*, 49 (2004) pp. 121-124.

ve, Neracio era consciente de los riesgos que traía consigo la aceptación plena del relativismo académico y optó por la recuperación de los valores propios de la tradición jurídica romana⁷. Otros juristas, sin embargo, consideraron que la ciencia jurídica era custodia, más que de un determinado conocimiento, de un pensamiento que expresaba aquello en lo que consistía la civilización. Así, según señala Schiavone, se habría construido poco a poco una doctrina de la justicia que, con la ayuda de una técnica jurídica firmemente comprometida con la ética, habría llegado a adquirir carácter de canon universal de conducta⁸. En el desarrollo de una concepción del derecho desde una perspectiva filosófico-jurídica humanitaria fue muy destacada la contribución de los juristas de la edad de los severos, particularmente, la de Ulpiano⁹. En sus escritos, apreciamos una estrecha relación entre derecho, justicia y equidad, dado que el fin último del derecho sería establecer un orden justo y realizar la «equidad natural». Profundizar en estos vínculos será uno de los objetivos principales de nuestra inmediata reflexión¹⁰.

2. DERECHO, JUSTICIA Y ORDEN NATURAL

Álvaro d'Ors, a lo largo de los años, reflexionó seriamente sobre qué era el derecho y qué hacer para superar la crisis que sufría. Durante varias décadas sostuvo con rotundidad que el derecho era aquello que aprobaban los jueces. Esta definición, de carácter formal, más adelante fue completada por otra, de naturaleza sustantiva, en virtud de la cual el derecho es concebido como un servicio judicialmente exigible¹¹.

La ontología jurídica de d'Ors tiene en consideración, en primer lugar, el *ser jurídico*, no el *deber ser*, que es un ser calificado como *justo* de acuerdo con

⁷ Cfr. SCARANO USSANI, V., *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Jovene, Napoli, 1979, p. 44.

⁸ SCHIAVONE, A., «Per una storia del giusnaturalismo romano», en MANTOVANI, D.; SCHIAVONE, A. (a cura di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, IUSS Press, Pavia, 2007, p. 8.

⁹ Cfr. GILBERTI, G., «'Omnium una libertas'. Alle origini dell' idea di diritti umani», en LABRUNA, L. (dir.), *Tradizione* cit., p. 1905.

¹⁰ Cfr. SCHIAVONE, A., *Per una storia* cit., p. 9 destaca cómo este pensamiento doctrinal abstracto estaba siempre relacionado con el caso, de manera que lo abstracto y lo concreto formaban un círculo.

¹¹ Cfr. d'ORS, Á., *Derecho* cit., pp. 25-27; GÁNDARA MOURE, A., *Concepto de Derecho en Álvaro d'Ors*. Presentación Francisco Puy, Fundación Alfredo Brañas, Santiago de Compostela, 1993, pp. 133-148, 173.

lo que los prudentes entienden como tal. Por tanto, partiendo de la realidad jurídica, llega al campo de la ética, pues la conducta humana es objeto de un juicio. Tanto en la ética como en el derecho, opina d'Ors, el juicio es básico; de ahí que derecho sea lo que aprueban los jueces. En este sentido, entre las vías más importantes a través de las que puede darse la influencia de lo ético sobre lo jurídico estarían, por un lado, la tarea llevada a cabo por los juristas y, por otro, la interpretación judicial¹². Juristas y jueces están llamados, según Palma, a desarrollar una función interpretativo-creativa del derecho, que establezca un nuevo equilibrio entre el respeto a la regla legal, por un lado, y la verdad y la aspiración de justicia, por otro¹³. Pues, como Coing ha señalado, el derecho vincula a todos los miembros de la comunidad; pero, particularmente, al juez. Ahora bien, éste no es un mero ejecutor de la norma, sino su protector porque ésta es el objeto de su actividad y no sólo su límite. Su función principal consiste en decir lo que, en cada caso concreto, es justo positiva y jurídicamente. Su obligación es intentar conseguir de la ley una decisión justa, si bien esto no siempre es posible. Por ello, cuando el tenor literal de la norma no permite hallar una solución justa, debe inspirarse en su sentido, en su «espíritu» en definitiva, en los principios generales sobre los que se fundamenta. Su actividad, pues, no se circunscribe a la interpretación del derecho, sino que implica también su creación cuando, en un caso particular, el derecho positivo aplicable es contrario a los principios de la justicia cognoscible. Gracias al juez, el derecho llega a consumarse porque su decisión permite la superación de la contradicción entre la justicia personal del caso concreto y el orden abstracto del derecho, natural o positivo¹⁴. Por su parte, Kelsen, a propósito de la actividad jurisdiccional desarrollada por los jueces, considera que la sentencia sirve para establecer, a través de un acto coactivo, si el supuesto abstracto establecido por la norma se da en un determinado caso. La función jurisdiccional tendría, en consecuencia, carácter constitutivo, sirviendo para crear derecho. La sentencia es en sí misma una norma jurídica individualizada, dado que gracias a ella se realiza la concreción de la norma general. Ahora bien, en el ámbito del

¹² D'ORS, Á., «Principios para una teoría realista del derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho* 1 (1953) p. 308; cfr. también, GÁNDARA MOURE, A., *Concepto* cit., pp. 78-81, 142.

¹³ Cfr. PALMA, A., *Giustizia e senso comune*, Giappichelli Editore, Torino, 2006, p. xvi.

¹⁴ COING, H., *Fundamentos de filosofía del derecho*. Trad. J.M. Mauri, Ariel, Barcelona, 1961, pp. 252, 255, 258-260, 263-265 pone de relieve cómo la decisión judicial puede partir de la conciencia moral del juez, que se propone juzgar «justa y equitativamente», o bien de consideraciones de utilidad.

derecho privado, esta labor de individualización de la norma abstracta se logra mediante el negocio jurídico. Las partes, por delegación de la ley, fijan unas normas concretas que deben guiar su comportamiento recíproco y, sólo cuando se produce un incumplimiento de lo dispuesto entre ellas, se recurre a una sentencia con objeto de establecer las consecuencias que esto conlleva. Por tanto, opina Kelsen, no sería correcto identificar el derecho exclusivamente con la ley¹⁵.

En 1985, en su *Prelección jubilar*, pronunciada en la Universidad de Santiago de Compostela el día 12 de abril, Álvaro d'Ors nos proporcionó una nueva definición de derecho. Ésta, como veremos, se contrapone a la moderna concepción del derecho como conjunto de facultades o derechos subjetivos. D'Ors considera que el *ius* romano nunca fue entendido como facultad individual de un sujeto, sino que era visto como posición personal de poder y, al mismo tiempo, como norma. El error del hombre moderno ha sido tomar sólo el aspecto personal egoísta del planteamiento romano y obviar que derecho más que consistir en derechos consiste en deberes, aquellos que una sociedad considera que son exigibles. Nos ofrece, pues, Álvaro d'Ors una definición filosófica del derecho; algo que no hizo en un principio, cuando sólo se limitó a darla desde una perspectiva jurídico-formal. Como señala Gándara Moure, gracias a su reflexión sobre la *auctoritas* y la *potestas* en clave filosófica, Álvaro d'Ors pasa gradualmente de una idea de derecho realista a otra basada en el deber ser: el derecho es un servicio formulado por la autoridad y exigible coactivamente por la potestad¹⁶.

Para saber qué era el *ius*, para los romanos, y cuál era su relación con la *iustitia*, conviene partir de la lectura de D. 1.1.1pr.-1 (Ulp. 1 *inst.*). Este texto

¹⁵ Cfr. Kelsen, H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto* [Wien 1934], Einaudi, Torino, 1952, pp. 108-111. Sobre los poderes y limitaciones de los jueces, cfr. HINESTROSA, F., «De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato», en ESBORRAZ, D.F., *Sistema jurídico latinoamericano y derecho de los contratos*, Porrúa, México, 2006, pp. 190-192. Sobre la jurisdicción como fuente de normas individualizadas, cfr. VALENCIA RESTREPO, H., *Nomoárquica, Principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*. 4ª ed. corregida, puesta al día y parcialmente refundido, Temis, Medellín, 2007, pp. 545-550. Este autor considera que el derecho puede vivir sin legisladores, pero no sin jueces, porque la sentencia es el fenómeno jurídico por excelencia.

¹⁶ Cfr. d'ORS, Á., *Escritos varios* cit., pp. 48s., consideraba que el derecho empezaba a existir allí donde podía intervenir un juez. Todos los demás pronunciamientos no son sino pronósticos sobre la probable actuación judicial; IDEM, *Nueva introducción* cit., p. 72. GÁNDARA MOURE, A., *Concepto* cit., pp. 180, 184, 192, 195-197, 201. De esa manera queda establecida la continuidad entre lo jurídico y lo moral.

supone la consagración de la idea de justicia desde una perspectiva práctica y ética, por encima de cualquier propuesta meramente teórica:

Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. 1. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.

El jurista Ulpiano, de acuerdo con su tenor, consideraría a la justicia como distinta del derecho, procediendo este último (*ius*) de la primera (*iustitia*)¹⁷. La justicia sería, por tanto, el principio, el origen del derecho. Marotta subraya la conexión que Ulpiano establece en este fragmento entre los términos *aequitas* (*bonum et aequum*), *ius* y *iustitia*, pues para saber qué es el derecho es necesario tomar en consideración su genealogía y ésta se sitúa en el concepto de *iustitia*. En dicho texto, el jurista trae a colación la opinión de Celso sobre lo que es el derecho. Para éste, el *ius* era el arte o técnica que permitiría hacer de lo bueno y lo justo algo concreto. El jurista se ocuparía de llevar a la práctica el ideal de la justicia, discerniendo en cada caso concreto lo que es justo de lo que no lo es. Actividad que ha de desarrollar con una aspiración o finalidad, la realización del bien. Por todo ello, Ulpiano lo considera como un sacerdote y llega a afirmar que el derecho es realmente una filosofía verdadera. Según Marotta, Ulpiano identifica la jurisprudencia con la verdadera filosofía, entendida ésta como perfecta y completa consagración a la *sapientia*, porque sus fines (*bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes*) y funciones (*aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes*) son los mismos. En este sentido, la virtud principal del jurista sería la prudencia, gracias a la cual podría discernir entre lo justo y lo injusto, entre el bien y el mal. Junto a este contenido, fundamentalmente cognoscitivo, habría que situar el papel activo que le aporta la justicia, en virtud del cual a cada uno hay que darle lo suyo¹⁸. Por su parte, Álvaro d'Ors consideraba que las dos virtudes

¹⁷ Sobre la distinción ulpiana, cfr. GALLO, F., *La recezione* cit., pp. 131s.

¹⁸ Cfr. MAROTTA, V., «*Iustitia, vera philosophia e natura*. Una nota sulle *Institutiones* di Ulpiano», en MANTOVANI, D.; SCHIAVONE, A. (a cura di), *Giusnaturalismo romano* cit., pp. 564-567, 581s. Esta marcada finalidad ética del derecho lleva a CERAMI, P., «La scuola del diritto: educare alla speranza», en CERAMI, P.; SERIO, M. (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, Torino, 2013, p. 468 a considerar el quehacer del jurista como sacerdocio. Por su parte, CARCATERRA, A.,

que caracterizan al derecho son la prudencia y la justicia. La primera, de carácter intelectual, permite discernir lo justo de lo injusto; la segunda, volitivo, pues se identifica con el querer correcto. En cualquier caso, opinaba d'Ors, el derecho era ante todo un acto de autoridad, una declaración de prudencia, un acto intelectual¹⁹.

Falcone sostiene que, cuando Ulpiano hace derivar el derecho de la justicia, está realizando en dicho texto mucho más que un análisis sobre el origen del término, ya que está destacando por encima de todo la transmisión de valores que, gracias a ello, tiene lugar. Destaca el carácter teleológico de esta célebre definición del derecho, que es entendido como un arte que busca la aplicación del *bonum et aequum*. Para Ulpiano, lo *iustum* equivale a lo que es *bonum et aequum*. Asimismo, Falcone considera que no es casual que, inmediatamente después, el jurista se refiera a la actividad de los juristas y que para ello emplee de forma recurrente el participio presente (*separantes, discernentes, cupientes, affectantes*), con el que destaca su carácter concreto. A su modo de ver, esto se debe a que Ulpiano quiere poner de manifiesto cómo los jurisprudentes eran auténticos filósofos porque el tipo de filosofía que practicaban era la filosofía de lo concreto, preocupada por el valor de la justicia. Por consiguiente, al interesarse por el ser y las virtudes, entre las que estaba la justicia, podía ser calificada de verdadera, a diferencia de otros tipos de filosofía, como la que realizaban los sofistas, más preocupados por la dialéctica, las opiniones y la apariencia²⁰. Por su parte, Biondi señala cómo, al concebir los juristas roma-

Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzi e fini, Jovene, Napoli, 1966, p. 181 pone de relieve cómo, a partir de Justiniano, el planteamiento ulpiano que consideraba al jurista como un sacerdote del derecho asume carácter normativo. En consecuencia, el *iurisperitus*, al igual que el *sacerdos*, se convierte en intérprete del dogma jurídico, el cual no puede ser alterado. En igual sentido se expresa CERAMI, P., voz «*Giurisprudenza*» cit., p. 182, que considera que, al convertirse el emperador en el único creador e intérprete del derecho, se produce el ocaso de la figura del jurista-*sacerdos iuris*.

¹⁹ Cfr. d'ORS, Á., *Nueva introducción* cit., p. 74s.; ID., *Escritos varios*, cit., pp. 53s. Por ello, cuando define el derecho como aquello que aprueban los jueces, subraya que lo es porque esa es su opinión o sentencia, no porque así lo quieren. En esta línea, CERAMI, P., *La concezione celsina* cit., p. 9 sostiene que la actividad del jurista romano es, por encima de todo, de carácter cognoscitivo, centrada en el examen de la realidad social concreta de la que emanan las normas que dan forma a la realidad de las relaciones humanas.

²⁰ Cfr. FALCONE, G., *La «vera philosophia»* cit., pp. 43-47, 63-69, 110. Según Falcone, el fragmento de Ulpiano referido mantiene con un texto de Apuleyo (*Plat.* 2.8-9) una estrecha relación que pone de relieve la influencia del pensamiento platónico sobre esta cuestión y su interés entre las elites intelectuales del s. II. A juicio de CERAMI, P., «La concezione celsina del 'ius'», *Annali del Seminario Giuridico dell' Università di Palermo*, 38, 1985, pp. 7-9, 18-21, la concepción que Celso

nos la ciencia jurídica como *prudentia*, pusieron de relieve su estrecha relación con la realidad práctica. Es, en este sentido, en el que Ulpiano sostiene que el derecho es verdadera filosofía: el derecho es la *philosophia* de lo concreto. El jurista es consciente de su función social y puede ser considerado como un sacerdote que consagra su vida a la *iustitia*. Ahora bien, no se trata aquí de una justicia abstracta sino de la que como tal era sentida según la realidad social de su tiempo. El jurista es su fiel intérprete y tiene como función actualizarla²¹. De ahí que Lovato considere que el romano fue un derecho, al mismo tiempo, inestable e hiperestable; un derecho mutable, pero no arbitrario. Una determinada solución jurisprudencial prevista para un caso concreto podía no ser tenida en cuenta en futuros casos análogos, pero también es cierto que podía llegar a consolidarse, pese a haber sido discutida inicialmente; y, a la vez, hay que tener en cuenta que su estabilidad procedía de la identificación de determinados criterios guía, orientadores, que podían ser aplicados en situaciones futuras. De ahí la importancia de la labor del jurista en la formación del derecho, que tenía lugar día a día, haciendo de él una realidad viva²².

Cuando Pomponio, en D. 1.2.2.13 (Pomp. *enchir. sing.*), dice *quod constare non potest ius, nisi si aliquis peritus, per quem possit cottidie in melius produci*, está poniendo de relieve, por un lado, cuál debe ser la misión del jurista, dar concreción al derecho; y, por otro, la orientación y el sentido de su actividad, el bien. Cerami aplaude la relación que Pomponio establece entre el derecho y la

tiene del *ius*, se elabora a partir de sus fines. Estos son analizados no desde un punto de vista ontológico o axiológico, sino instrumental, pues sirven para dotar de individualidad científica a un complejo conjunto de datos prácticos. Este autor destaca cómo el criterio del *bonum et aequum*, recogido por Ulpiano en D. 1.1.1pr. (Ulp. 1 *inst.*) aparece en otros textos de Celso como fundamento de su solución (D. 4.8.23pr. [Ulp. 13 *ad ed.*]; D. 6.1.38 [Cels. 3 *dig.*]; D. 11.1.11.8 [Ulp. 22 *ad ed.*]; D. 12.1.32 [Cels. 5 *dig.*]; D. 12.4.3.7 [Ulp. 26 *ad ed.*]; D.21.2.29 [Pomp. 11 *ad Sab.*]; D. 37.6.6 [Cels. 10 *dig.*]; D. 45.1.91.3 [Paul. 17 *ad Plaur.*]).

²¹ Cfr. BIONDI, B., *Funzione* cit., pp. 4-8. El jurista es la persona sabia que arraigada en el pasado es capaz de percibir el presente y, al mismo tiempo, considerar el futuro. En este sentido, cuando Tüberón en D. 33.10.7.2 (Cels. 19 *dig.*) afirma que la voluntad es anterior y más fuerte que la palabra que la expresa, está abriendo nuevos horizontes jurídicos, pero su conclusión es resultado de una muy prolongada experiencia precedente. Sobre la misión del jurista y su dedicación al eterno problema de la justicia, cfr. CERAMI, P., voz «*Giurisprudenza*» cit., p. 191.

²² Cfr. LOVATO, A., «La giurisprudenza come fattore di sviluppo degli ordinamenti», en REINO-SO-BARBERO, F. (coord.), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2014, p. 174. En este sentido se expresa Cicerón (*orat.* 34.20) cuando dice *Ius civile teneat, quo egent causae forenses cotidie*. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Prólogo*, en VIEHWEG, TH., *Tópica y Jurisprudencia*. Trad. L. Díez-Picazo Ponce de León, Taurus, Madrid, 1964, pp. 12-14, a propósito de la obra de Viehweg, ha subrayado cómo ha servido para demostrar que la ciencia jurídica, desde Roma hasta hoy, es una ciencia de problemas concretos.

jurisprudencia, pues dos eran fundamentalmente sus actividades en Roma: la creación del derecho y su sistematización. El jurista busca de manera constante hallar y hacer realidad en las relaciones intersubjetivas el bien de cada uno (*ratione bonae fidei*) y el equilibrio de los intereses opuestos (*aequitas*)²³:

Post originem iuris et processum cognitum consequens est, ut de magistratuum nominibus et origine cognoscamus, quia, ut exposuimus, per eos qui iuri dicundo praesunt effectus rei accipitur: quantum est enim ius in civitate esse, nisi sint, qui iura regere possint? Post hoc dein de auctorum successione dicemus, quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci.

Sobre el papel del jurista en la formulación del derecho, Álvaro d'Ors consideraba que éste era un saber de juristas que contaba con ciencia y técnica para distinguir lo justo de lo injusto, siendo el sentido común la verdadera filosofía del jurista. Gracias a él, los hombres serían capaces de reconocer determinados postulados como genuinos, inalterables y permanentes, conformes a la naturaleza humana. Por eso, al estar basada en principios naturales y lógicos, de sentido común, la ciencia jurídica sería muy estable²⁴. En la misma línea, Palma entiende el sentido común como sentido del bien común, al manifestarse principalmente cuando se emite un juicio y se discierne entre lo justo y lo injusto. La tarea del jurista sería la de ser intérprete del sentido común y, con realismo y creatividad, ofrecer soluciones. Para ello es imprescindible que, como miembro de la comunidad a la que pertenece, esté permanentemente atento a la realidad²⁵. De acuerdo con este planteamiento, consideramos que resulta indispensable profundizar en la relación entre derecho, justicia y orden natural, que ya encontramos planteada por distintos autores de la Roma clásica.

En efecto, en su definición de jurisprudencia, recogida en D. 1.1.10.2 (Ulp. 1 *reg.*) y en I. 1.1.1, Ulpiano tiene especialmente en cuenta el criterio de la naturaleza. Falcone ha puesto de relieve cómo Ulpiano, al decir de ella que consiste en el conocimiento de todas las cosas divinas y humanas, ciencia de lo justo y lo injusto, está trasladando al ámbito del *ius* la visión ciceroniana de la sabiduría (*sapientia*). La virtud de la prudencia, característica del jurista y

²³ Acerca de las dos principales funciones de la jurisprudencia (ambas de carácter cognoscitivo): la creación del derecho, por un lado, y su elaboración y sistematización, por otro, cfr. CERAMI, P., voz «*Giurisprudenza*» cit., p. 183.

²⁴ D'ORS, Á., *Derecho* cit., p. 27; IDEM, *Nueva introducción* cit., 29, 48. Cfr. también GÁNDARA MOURE, A., *Concepto* cit., p. 108.

²⁵ PALMA, A., *Giustizia* cit., p. 54s., 68, 109.

que sería la que le permitiría distinguir lo justo de lo injusto, sólo se alcanzaría después de haber adquirido la *sapientia*, que es la capacidad para discernir lo bueno de lo malo, lo honesto de lo infame, la virtud del vicio. Esta capacidad se conseguía, a juicio de Cicerón, por medio de la observación de la naturaleza, de todo lo divino y lo humano (Cic. *de leg.* 1.58-60)²⁶.

Para conocer qué es lo justo es necesaria una aproximación a la esencia de la realidad, a su auténtica naturaleza²⁷. Allí reside su razón, su sentido, su origen, su principio, que posteriormente se expresará en enunciados concretos mediante leyes, costumbres, sentencias y, también, reglas de derecho. La «naturaleza de la cosa» sería el criterio a tener en cuenta para establecer la jerarquía de valores. Según Cicerón, entre la justicia y la recta razón existía una estrecha relación, ya que los atributos principales de la justicia eran: primero, su conformidad con el orden natural de las cosas; segundo, el ser común a todos; y tercero, su carácter constante y eterno (Cic., *de re pub.* 3.22.33)²⁸:

Est quidem vera lex recta ratio naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna, quae vocet ad officium iubendo, vetando a fraude deterreat; quae tamen neque probos frustra iubet aut vetat nec improbos iubendo aut vetando movet.

²⁶ Cfr. FALCONE, G., *La «vera philosophia»* cit., pp. 109, 113-120. A juicio de este autor, Upiano no considera la jurisprudencia en sentido objetivo, como ciencia jurídica, sino que se interesa especialmente por su carácter de virtud, consistente en el conocimiento de lo justo y lo injusto.

²⁷ WIEACKER, F., *Fundamentos de la formación del sistema en la Jurisprudencia romana*. Trad. J.L. Linares, Comares, Granada, 1998, p. 25, sin embargo, sostiene que la jurisprudencia romana, cuyo origen fue pontifical, consideró el conflicto jurídico de manera aislada, al margen de la relación causa-efecto, propia del mundo natural, o de medio-fin, característica del ámbito social. BURDESE, A., *Derecho Romano e interpretación del Derecho*. Trad. J.M. Coma Fort y J.D. Rodríguez Martín, Comares, Granada, 1998, p. 50, por su parte, opina que este rasgo de autonomía de los problemas jurídicos no desapareció cuando la jurisprudencia se secularizó en el siglo II a. C. En efecto, Publio Mucio, Bruto y Manilio trabajaron apartándose de los dictados decenvirales y desarrollaron un *ius civile* independiente cuyo fundamento era más racional que preceptivo.

²⁸ Cicerón como pone de relieve SACCHI, O., *L'interpretazione del giurista romano come fonte creativa del diritto*, en REINOSO-BARBERO, F. (coord.), *Horizonte actual* cit., pp. 221-225, consideraba la equidad como una aplicación del *ius naturale*, que expresaba el *verum*, la verdad, del derecho. Al formar parte de la naturaleza encontraba en el ser mismo del hombre su legitimidad como valor. Gracias a la verdad, y al interés por su búsqueda, los juristas pudieron superar la rigidez del derecho civil y crear un derecho nuevo adecuado al tiempo y a las circunstancias concretas de cada caso. Cfr. Cic. *part. orat.* 37.130; *de leg.* 1.6.19; *de inv.* 2.22.65. Sobre la terminología empleada por la jurisprudencia romana para referirse al derecho natural y a la naturaleza, cfr. ATZERI, «*Natura*» e «*ius naturale*» *fra tradizione interna ed esterna al Corpus Iuris giustiniano*, en MANTOVANI, D.; SCHIAVONE, A. (a cura di), *Giusnaturalismo romano* cit., pp. 719s., la autora pone de relieve cómo los compiladores no alteraron el sentido clásico del término *natura* presente en muchos de los textos con los que trabajaron.

El jurista romano captaba lo justo de la realidad, lo que dotaba al derecho de carácter casuístico y lo conectaba con la auténtica naturaleza de las cosas²⁹. De esa manera, adquiriría concreción no sólo por tener en cuenta las circunstancias del supuesto que había generado la cuestión, sino porque se alejaba de la tentación de limitarse a ser una mera reflexión abstracta sobre lo justo o lo injusto. Al respecto cabe citar D. 50.17.10 (Paul. 3 *ad Sab.*), donde Paulo hace referencia a la naturaleza de las cosas como criterio para dar la respuesta jurídica³⁰:

Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda.

Schulz, a propósito de la lógica del derecho romano clásico, destaca que era la propia de un derecho natural, firmemente asentado sobre la legislación romana y ciertos conceptos fundamentales tradicionales. A su juicio, la jurisprudencia aspiraba a encontrar la regla que resultaba de la naturaleza de las relaciones creadas por la vida. Por ese motivo, cuando formulaba máximas no exponía su fundamentación sino que la refería a la observación de la naturaleza, a la *ratio iuris*, con una seguridad que es propia del derecho natural³¹. Por su parte, Viñas pone de relieve cómo, para el jurista romano el derecho civil y el derecho natural eran dos partes de la misma experiencia jurídica. Los juristas

²⁹ Sobre el significado del término *natura*, cfr. NÖRR, D., *Alla ricerca della vera filosofia. Valori etico-sociali in Giulio Paolo*, en MANTOVANI, D.; SCHIAVONE, A. (a cura di), *Giusnaturalismo romano* cit., p. 539. A juicio de PÉREZ LUÑO, A. E., *La filosofía del derecho en perspectiva histórica*. Coord. R. González-Tablas Sastre, Publicaciones Universidad de Sevilla, Sevilla, 2009, p. 48 son tres, principalmente, las ideas de naturaleza que existen: naturaleza como creación divina y del derecho natural; naturaleza como *cosmos* o leyes que rigen el mundo físico; y naturaleza como razón, cualidad específica del ser humano que le permite establecer por sí mismo sus normas de convivencia.

³⁰ De acuerdo con CUENA BOY, F., *Sucesión intestada y «natura rerum»: el caso del «postumus sus»*, en *O Direito das sucessões: do direito romano ao direito actual*, Uniersidade do Coimbra, Coimbra, 2006, p. 199, no hay que olvidar que las soluciones jurídicas han de ser coherentes y para ello es necesario recurrir a realidades prejurídicas, sobre todo teniendo en cuenta que los elementos fundamentales del problema jurídico vienen proporcionados por la realidad. Por otra parte, debe tenerse en cuenta, como señala VIÑAS, A., *De la filosofía personalista al iuspersonalismo*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 135, 153, que la persona es anterior al derecho y, en consecuencia, sus derechos son inherentes a su naturaleza humana. Se trata de una realidad preexistente, que no ha sido creada de la nada, sino a la que hay que llegar a descubrir, reconocer y aplicar en un determinado contexto histórico.

³¹ Cfr. SCHULZ, F., *I principii del Diritto romano*. A cura di V. Arangio-Ruiz, Le lettere, Roma, 1946, pp. 29s.

Gayo, Ulpiano y Paulo fueron, a juicio de Viñas, quienes más contribuyeron, junto con pensadores como Aristóteles, Cicerón y Séneca, al desarrollo de la teoría iusnaturalista greco-romana³². Ahora bien, para Schiavone, más que de iusnaturalismo griego, cabe hablar en realidad de concepción naturalística de la justicia. En el caso de Roma, sin embargo, pese a la escasa propensión de su jurisprudencia a realizar elaboraciones filosóficas, sí sería posible reconocer planteamientos de carácter iusnaturalista³³.

En este sentido, Mantello considera que ya Labeón, partiendo de la idea de naturaleza como realidad de lo real, era consciente de la relación entre naturaleza y equidad; no obstante, junto a la *naturalis aequitas* admitía la existencia de otra equidad, la *civilis aequitas*, con la que existía una dialéctica, no una contraposición (D. 47.4.1pr.-1)³⁴. Otros juristas como Neracio también acudieron

³² Cfr. VIÑAS, A., *De la filosofía* cit., p. 159. El autor hace referencia a distintos textos donde se aprecia cómo el origen del derecho civil se situaba en las leyes, los plebiscitos, los decretos de los príncipes y la autoridad de los prudentes, mientras que el derecho de gentes era creación de los juristas a través del edicto del pretor y el derecho natural, fuertemente influido por el pensamiento estoico y ciceroniano. Sin embargo, otros autores como NÖRR, D., *Alla ricerca* cit., pp. 560s., estiman erróneo calificar de «iusnaturalista» el modo de pensar de los juristas romanos porque, a su juicio, a excepción de algunas frases extraídas de un contexto retórico-filosófico, las referencias a la naturaleza no lo son en su sentido filosófico (material, descriptivo, ontológico o deontológico) sino en el correspondiente a su uso común.

³³ Cfr. SCHIAVONE, A., *Per una storia* cit., pp. 3-5. Este autor destaca cómo la idea de la existencia de la naturaleza sujeta a una regularidad y una medida, que podía servir de guía o referente para las acciones de los hombres, llegó a Roma desde Grecia. En este sentido, cfr. SCHIAVONE, A., «*Ius*». *La invención del derecho en Occidente*. Trad. de G. Prósperi [Torino 2005], Adriano Hidalgo, Buenos Aires 2009, p. 339. Aristóteles (*ret.* 1.13.140) distinguió entre la ley particular y la común. La primera era la que cada pueblo se daba a sí mismo; la común, sin embargo, era conforme a la naturaleza, de manera que se podía adivinar lo que era justo o injusto sin necesidad de ningún convenio.

³⁴ Cfr. MANTELLO, A., *Natura e diritto da Servio a Labeone*, en MANTOVANI, D.; SCHIAVONE, A. (a cura di), *Giusnaturalismo romano* cit., pp. 208, 240s., 248. Mantello, de la lectura de D. 47.4.1pr.-1 (Ulp. 38 *ad ed.*), concluye que el término *natura*, al igual que otros como *aequitas* o *humanitas*, tiene un significado muy dispar que no puede ser establecido apriorísticamente. En relación con el contenido de la *aequitas naturalis*, Bretone observa cómo en D. 47.4.1pr.-1 (Ulp. 38 *ad ed.*) se recoge la posición de Labeón al respecto, según la cual el orden natural y el civil son distintos, si bien influyen el uno en el otro, pues los principios de la naturaleza dan forma a las relaciones humanas y a las relaciones entre las cosas. Cfr. BRETONE, M., *Labeone e l'ordine della natura*, en MANTOVANI, D.; SCHIAVONE, A. (a cura di), *Giusnaturalismo romano* cit., p. 265. Por su parte, WALDSTEIN, W., *Equità e ragione naturale nel pensiero giuridico del I secolo d.C.*, en MANTOVANI, D.; SCHIAVONE, A. (a cura di), *Giusnaturalismo romano* cit., pp. 300, 320 pone de relieve cómo la expresión *naturalis aequitas* sólo aparece dos veces: una en el referido texto de Ulpiano sobre Labeón (D. 47.4.1 [Ulp. 38 *ad ed.*]) y otra en D. 12.4.3.7 (Ulp. 26 *ad ed.*). A su juicio, la *naturalis aequitas* se introduce como fundamento normativo para proporcionar tutela jurídica a situaciones que no la tenían por parte del *ius civile*. Por su parte, SCHIAVONE, A., *Ius* cit., p. 354 destaca cómo, partir de Labeón, el único sentido que se utiliza del término *aequitas* es el de *aequitas naturalis*.

a la observación de la naturaleza para valorar el hecho jurídico. Fragmentos como D. 41.1.14pr. (Nerat. 5 *membr.*) y D. 43.20.6 (Nerat. 3 *membr.*) ponen de relieve la importancia de este tipo de fundamentación³⁵. En opinión de Scarano Ussani, la realidad natural fue la base de muchos principios jurídicos que deben ser tenidos en consideración para realizar una correcta interpretación y solución de supuestos de hecho particulares³⁶. Esta línea fue seguida por Celso, quien también reconoció la existencia de un nexo entre la naturaleza y el derecho. Sin embargo, a diferencia de Neracio, que mantuvo un planteamiento de tipo «naturalista», el de Celso puede decirse que fue «iusnaturalístico», en el sentido de que para él la naturaleza no era una mera realidad material sino un orden, el justo orden de las cosas, una especie de deber ser³⁷.

En cualquier caso, aunque autores como Schiavone consideren que podemos hablar de iusnaturalismo romano, lo cierto es que, por regla general, esta expresión se refiere al período histórico comprendido entre 1625, cuando Grocio escribió *De iure belli ac pacis*, y 1796, año en que ve la luz la obra *Fundamentos del derecho natural* de Fichte³⁸. Para la formación de este pensamiento fueron trascendentales las aportaciones de San Agustín y Santo Tomás, por

³⁵ D. 41.1.14pr. (Nerat. 5 *membr.*): *Quod in litore quis aedificaverit, eius erit: nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt: nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum, quae simul atque adprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, domini fiunt.* D. 43.20.6 (Nerat. 3 *membr.*): *De interdicto de aqua aestiva, item cottidiana quaerentes primum constituendum existimabamus, quae esset aqua aestiva, de qua proprium interdictum ad prioris aestatis tempus relatam reddi solet, hoc est aestiva aqua utrumne ex iure aestivo dumtaxat tempore utendi diceretur, an ex mente propositoque ducentis, quod aestate eam ducendi consilium haberet, an ex natura ipsius aquae, quod aestate tantum duci potest, an ex utilitate locorum, in quae duceretur. Placebat igitur aquam ob has duas res, naturam suam utilitatemque locorum in quae deducitur, proprie appellari, ita ut, sive eius natura erit, ut nisi aestate duci non possit, etiamsi hieme quoque desideraretur, sive omni tempore anni duci eam ipsius natura permetteret, si utilitas personis, in quam ducitur, aestate dumtaxat usum eius exigeret, aestiva recte diceretur.*

³⁶ SCARANO USSANI, V., *Valori cit.*, p. 35. En este sentido, CUENA BOY, F., *Sucesión intestada cit.*, pp. 198s., 202-205 pone de relieve cómo no sólo se tenía en cuenta la *rerum natura* en tanto resultado de la propia observación directa de la realidad, sino también la recibida de la experiencia de otros. Asimismo este autor defiende la existencia de dos concepciones diferentes de la *natura rerum*: una, que parte de lo habitual, de lo que sucede de manera regular, y otra determinista, en virtud de la cual todo lo que acontece es necesario, si bien el hombre no lo conoce con antelación.

³⁷ Cfr. SCARANO USSANI, V., *Valori cit.*, pp. 198-200, 204. Orientado por determinados valores guía y sobre la base del *bonum et aequum* y de la *rerum natura*, Celso entiende que el derecho puede ser válido tanto para romanos como para peregrinos. De forma tal que dichos valores deben inspirar, no sólo el *ius civile*, sino también el *ius gentium*.

³⁸ Cfr. SCHIAVONE, A., *Per una storia cit.*, p. 3.

un lado, y de la denominada «Escuela Española del Derecho Natural», por otro. San Agustín consideraba la ley natural como una manifestación de la ley eterna y Santo Tomás defendía su identificación con la razón divina, que debía ser la base primordial de toda ley humana³⁹. En relación con los iusnaturalistas clásicos españoles, Pérez Luño rechaza que pueda hablarse propiamente de una escuela, si bien es innegable que, entre los siglos XVI y XVII un grupo de juristas y teólogos españoles participaron en intensos debates sobre las cuestiones jurídicas más significativas de su tiempo. Para ello partieron de la consideración de la razón práctica como instrumento por el que acceder a los valores éticos, objetivamente establecidos, sobre los que debía inspirarse la convivencia humana. Pusieron el acento, según destaca este autor, más en la apertura de los valores a las circunstancias históricas y a lo concreto que en el carácter absoluto e inalterable de la ley natural. Su pensamiento es el eslabón que une el derecho natural clásico con el moderno⁴⁰. Entre ellos, Francisco de Vitoria defendió la existencia de un derecho natural universal, común a todo el género humano, tanto a individuos como a comunidades, por ser todos iguales en dignidad⁴¹. La obra de Vitoria, que reconocía en las comunidades humanas derechos naturales que hasta entonces sólo se habían considerado como de titularidad individual, tuvo una gran influencia sobre el pensamiento posterior, especialmente en el viquiano. Como afirma Navarro Gómez, Vico reconoce el papel que el *ius naturale* tiene como fundamento del *ius gentium inter nationes*⁴².

³⁹ Cfr. VIÑAS, A., *Teoría del Derecho y experiencia jurídica romana*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 57. Sobre la aportación de estos pensadores al pensamiento iusnaturalista, cfr. también VIÑAS, A., *De la filosofía* cit., p. 139. A partir del s. XVII comienza el proceso de secularización del pensamiento iusnaturalista, fuertemente influido por las ideas ilustradas y el racionalismo. La razón humana sustituye a la razón natural de esencia divina. Y así, como pone de relieve VIÑAS, A., *De la filosofía* cit., p. 139, en un intento de aproximación al método de las ciencias experimentales, el derecho empieza a tener como objetivo el proporcionar soluciones de carácter universal y permanente conforme a la naturaleza racional del hombre.

⁴⁰ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *La filosofía* cit., pp. 45-48, 50, 54. En este sentido, VALENCIA RESTREPO, *Nomoárquica* cit., 524, opina que el derecho natural no se construye sólo desde planteamientos lógicos o abstractos. Es fruto de la razón práctica y, en consecuencia, se refiere a acciones humanas concretas y sujetas a determinadas circunstancias históricas.

⁴¹ PÉREZ LUÑO, A. E., *La filosofía* cit., pp. 57, 70-73. Para Vitoria, la razón era el atributo humano que permitía la comunicación entre los hombres. De acuerdo con Pérez Luño, el pensamiento de Vitoria impulsó y renovó el intelectualismo tomista que se estudiaba en la Universidad de Salamanca. Ahora bien, la comunicación entre los hombres no debía ser meramente intelectual, sino también de bienes, ya que se daba en función del valor de la solidaridad, que tiene su fundamento en el *ius communicationis*, que permite comunicar ideas y experiencias mediante el lenguaje y lleva a los hombres a cooperar.

⁴² Cfr. NAVARRO GÓMEZ, F.J., *La razón* cit., p. 260.

El alcance del pensamiento de Vitoria es también el que lleva a prestigiosos internacionalistas de nuestro siglo, como Carrillo Salcedo, a defender la necesidad de un nuevo orden internacional. Convendría pasar de una sociedad internacional, fundamentada en relaciones bilaterales entre Estados con sus propios intereses nacionales, a una comunidad internacional, unida y solidaria⁴³. A este respecto, Álvaro d'Ors puso de relieve cómo una comunidad no es resultado del acuerdo convencional de sus miembros, sino que éstos la integran por fuerza de una tradición vinculante basada en una exigencia natural, que determina su existencia. De tal forma que si uno de ellos se desvincula, no se ve afectada la comunidad ni en su fin ni en su integridad. La persecución de un fin común, objetivo y ético, caracterizan a la comunidad; mientras que una sociedad, aun cuando busca también una meta común, no conlleva el abandono de los intereses particulares de sus miembros. El orden internacional debe construirse, según d'Ors, como comunidad, pues esta tiene su fundamento en la razón y la costumbre. La razón como identidad común del género humano y la costumbre como instrumento de reconocimiento de las formulaciones de ésta por parte de las distintas naciones⁴⁴.

En cualquier caso, para que un jurista hable de derecho natural, a juicio de Álvaro d'Ors, debe ver las cosas tal y como son y el sentido común es su instrumento fundamental en esta labor. Sentido común que es propio de cada hombre, no de la multitud, y se basa en su razón natural individual⁴⁵. Ya Cicerón (*de leg.* 2.44) reconocía la existencia de una *communis intellegentia*,

⁴³ Cfr. CARRILLO SALCEDO, J.A., *Globalización y orden internacional*. Lección inaugural leída en la Solemne Apertura del Curso Académico 2004-2005 en la Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2004, pp. 70-72 y n. 28, donde el autor recomienda una interesante bibliografía al respecto y señala el papel jugado por la filosofía kantiana en el universalismo actual.

⁴⁴ D'ORS, Á., *Papeles del oficio universitario*, Rialp, Madrid, 1961, pp. 291-298; IDEM, *Derecho* cit., pp. 74s., 83. En relación con el orden mundial, Álvaro d'Ors considera que sólo hasta un cierto punto las relaciones entre naciones podía ser comunitaria; a partir de ahí las relaciones debían ser societarias. En cualquier caso, opina d'Ors, la distinción entre comunidad y sociedad es clave para cualquier intento de formulación de una teoría sociológica o jurídica. Fueron juristas teólogos los primeros que concibieron un derecho internacional de carácter universal basado en el derecho natural, reforzado por el reconocimiento o *auctoritas* del *totus orbis*.

⁴⁵ Cfr. d'ORS, Á., *Derecho* cit., pp. 29s. A juicio de VIÑAS, A., *De la filosofía* cit., p. 139. todos los hombres comparten una misma razón, que proporcionaría leyes universales e inmutables y permitiría al hombre identificar lo que es más justo de acuerdo con su naturaleza. En este sentido se expresa también HINESTROSA, F., *De los principios generales* cit., pp. 183s., para quien las reglas son máximas de experiencia, con fuertes dosis de sentido común y equidad. Su origen no se situaría en el poder legislativo sino en manos de sus intérpretes: jueces y doctrina.

que permitía al hombre discernir lo justo de lo injusto conforme, no a su propia opinión, sino a la naturaleza:

Quodsi tanta potestas est stultorum sentiis atque iussis, ut eorum suffragiis rerum natura uertatur, cur non sanciant ut quae mala perniciosaeque sunt, habeantur pro bonis et salutaribus? Aut <cur> cum ius ex iniuria lex facere possit, bonum eadem facere non possit ex malo? Atqui nos legem bonam a mala nulla alia nisi natura<e> norma diuidere possumus. Nec solum ius et <in>iuria natura diiudicatur, sed omnino omnia honesta et turpia. Nam, <ut> communis intellegentia nobis notas res eff<e>cit easque in animis nostris inchoauit, honesta in uirtute ponuntur, in uitiiis turpia.

Vallet de Goytisolo definió la ciencia del derecho natural como aquella que observa la naturaleza para determinar el orden propio de ésta e iluminar a quienes les corresponde llevar a cabo la realización práctica del derecho en un caso concreto. La finalidad del derecho natural es la de servir de método para hallar soluciones justas. Es un arte a través del cual llegar a una realización concreta de la justicia y no un catálogo de axiomas o principios fundamentales abstractos, pues necesita ser puesto en relación con la realidad y los hechos sociales. Por todo ello, puede decirse que el derecho natural requiere de la existencia complementaria del derecho positivo⁴⁶. Para Coing, de acuerdo con la naturaleza, el fundamento moral del derecho hay que situarlo en los valores de la justicia, la dignidad del hombre, la lealtad y la fidelidad. La idea de derecho sería la suma de estos valores morales, que tendrían carácter jurídico, no ético; pues, la ética se refiere a cómo se organiza la vida personal, mientras que el derecho se preocupa del orden y la paz en la comunidad⁴⁷.

⁴⁶ Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios* cit., pp. 707, 717, 722. Este autor defiende que, aunque el hombre pueda alterar y juzgar el orden natural (desde un punto de vista moral, ético y jurídico), no puede, sin embargo, torcer sus leyes. En la misma línea, d'ORS, Á., *Derecho* cit., pp. 31s. considera que aunque el hombre, gracias a su ingenio, sea capaz de modificar de manera artificial el orden natural, la naturaleza termina imponiéndose. En la misma línea, cfr. MAROTTA, V., *Iustitia* cit., pp. 597, 601, para quien la definición ulpiniana de *ius naturale* recogida en D. 1.1.1.3 (Ulp. 1 *inst.*) pone de relieve que, tal y como plantearon los filósofos estoicos y Cicerón (*de off.* 1.10.11), se trata de un derecho común a todas las criaturas, del cual el hombre, al vivir en sociedad, en ocasiones se aleja.

⁴⁷ Cfr. COING, H., *Fundamentos* cit., pp. 134 s., 158s. Ahora bien, frente a esta opinión cabe situar otras dispareces como la de KELSEN, H., *¿Qué es justicia?* Ed. y trad. de A. Casamiglia, Ariel, Barcelona, 1982, pp. 57s., para quien la naturaleza no es más que un sistema de hechos relacionados por la ley de la causalidad que, al carecer de voluntad, no puede establecer una regla de conducta para el hombre. Niega, asimismo que sea la razón humana la que imponga lo que se debe o no hacer. La razón puede entender o describir una conducta humana, pero no dictarla, ya que esto es consecuencia sólo de la voluntad.

3. LA EQUIDAD

Para Álvaro d'Ors, la equidad y la justicia eran similares, puesto que la primera permitía la prudente realización de la segunda. A través de la equidad, se tenía en cuenta las circunstancias del caso concreto y se podía superar el rigor de los preceptos jurídicos⁴⁸. Según Cerami, la *iustitia* tenía para los romanos carácter trascendente e inmanente, ontológico y deontológico, en ella confluían el ser con el deber ser, la realidad y lo ideal. Gracias a la *aequitas*, el jurista evitó el riesgo de caer en una abstracta esquematización del fenómeno jurídico y logró aproximarse a la auténtica *iustitia*, entendida ésta como equilibrio y coordinación de intereses⁴⁹. Así, pues, puede decirse que la *aequitas* contribuyó a concretar la eterna preocupación por la realización de la justicia. A juicio de Biondi, el jurista romano era un artista que practicaba un *ars*, el de lo bueno y lo justo. Ahora bien, lo bueno (*bonum*) no se correspondía con el mero bienestar material o individual sino con el bien moral o general. La labor del prudente era adecuar el *ius* a la *aequitas*, a aquello que en su tiempo era sentido como justicia y que le llevaba a distinguir lo justo de lo injusto, tanto en general como en cada caso concreto⁵⁰.

Pinna Parpaglia ha puesto de relieve cómo, aunque la voz *aequitas* resulta particularmente significativa en los textos jurídicos, aparece en escritos de contenido muy diverso⁵¹. Aristóteles (*ret.* 1.13.142-144) define la equidad como aquello que es justo más allá de la ley escrita. Lo equitativo es aquello que es conforme a la verdad y no siempre coincide con la ley. Stroux destaca

⁴⁸ D'ORS, Á., *Nueva introducción* cit., pp. 78s.

⁴⁹ CERAMI, P., voz «*Giurisprudenza*» cit., p. 190.

⁵⁰ Cfr. BIONDI, B., *Funzione* cit., pp. 8s. En la misma línea, pero refiriéndose a la necesidades actual de justicia que demanda nuestra sociedad, PALMA, A., *Giustizia* cit., p. xvii, 155 aboga por recuperar la equidad como criterio resolutorio de la controversia. La solución equitativa, opina, para evitar que pueda basarse exclusivamente en la opinión personal del juez, debería ser sometida a un proceso de verificación colectiva que asegurara que es acorde con el sentido común de justicia y coherente con la estructura social y cultural de una sociedad.

⁵¹ PINNA PARPAGLIA, P., *Aequitas in libera republica*, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 61s., 175. Las referencias a la *aequitas* se encuentran en autores de la primera parte de la República, lo que demuestra que ya existía una idea bien precisa en ese momento de lo que ésta era. Si bien, como destaca Pinna Parpaglia, quienes la empleaban entonces eran personas que, por su origen social, no estaban del todo en contacto con la vida cotidiana del pueblo romano. Advierte, por lo demás, cómo la abundancia de referencias a la *aequitas* en textos literarios de este período contrasta con su escasez en los jurídicos. A este respecto, cabe citar la investigación de WALDSTEIN, W., *Equità* cit., p. 300, donde se pone de relieve cómo la voz *aequitas* sólo aparece recogida en cuatro textos del Digesto; mientras que el uso de *aequum*, *aequius* y *aequissimum* es muy frecuente.

cómo, para el filósofo griego, la equidad es un tipo de justicia a través de la cual puede realizarse el verdadero derecho. Es, en definitiva, un instrumento con el que mejorar la ley, que como obra humana es imperfecta⁵².

Aunque la presencia en el *Corpus iuris* del principio de equidad fue atribuida por la crítica de interpolaciones a los compiladores justinianos, Riccobono considera que no fue así. La equidad, opina, es la gran aportación de la jurisprudencia romana que, desde época republicana, se vale de un nuevo método, fuertemente influido por la retórica griega y el pensamiento aristotélico, para construir un nuevo derecho. La *aequitas* era el principio que inspiraba y daba forma a este *ius novum*. De ese modo, por medio de una forma distinta de *interpretatio iuris*, la jurisprudencia romana consiguió superar el *ius strictum* del antiguo derecho quirritario sin destruirlo⁵³. Cuando Cicerón en *de off.* 1.10.33 hace referencia al conocido proverbio *summum ius summa iniuria*, está poniendo de relieve hasta qué punto existe una tendencia ampliamente difundida en este sentido⁵⁴. A juicio de Stroux, en la generalización de este modo de interpretar el derecho, tuvo un papel decisivo la conocida como *causa Curiana*. Frente a la postura de Quinto Mucio Escévola, que defendía la interpretación literal de la ley (en este caso, ley privada, pues se trataba de una sustitución pupilar establecida en un testamento), prevaleció la posición de Craso, que consideraba que la *voluntas* estaba por encima de lo *scriptum*⁵⁵. Stroux considera que Servio Sulpicio Rufo jugó un papel clave en la plena acogida de la *ae-*

⁵² Cfr. STROUX, J., «*Summum ius summa iniuria*». *Un capitolo concernente alla storia della «interpretatio iuris»*, Versione dal tedesco di G. Funanioli, Stab. Tipografico Commerciale, Cortona, 1929, p. 654s. A este respecto, SCHIAVONE, *Ius cit.*, p. 177 destaca cómo *aequum* aparece siempre referido a *ius* o a *lex*.

⁵³ Cfr. RICCOBONO, S., *Prefazione*, en STROUX, J., *Summum ius cit.*, pp. 640-645. Riccobono critica que dicha doctrina moderna atribuyera por defecto a los bizantinos todo aquello que no se correspondiese con el derecho quirritario.

⁵⁴ Cfr. STROUX, J., *Summum ius cit.*, pp. 649, 678. Señala este autor cómo, a pesar de que Cicerón se refiera a él calificándolo de proverbio, es el único texto de toda la literatura romana donde aparece recogido de ese preciso modo. Ahora bien, sí podemos encontrar formulaciones muy similares como, por ejemplo, la que un autor del s. II a.C., Terencio, hace en *beaut.* 176, donde dice expresamente que *summum ius saepe summa est malitia*. Cfr., a este respecto, SCHIAVONE, A., *Ius cit.*, pp. 174s., 182 que analiza los antecedentes de la idea expresada por Gayo en sus *Instituta* (4.116) acerca de la iniquidad, en ciertas ocasiones, del *ius civile*. La distancia entre éste y la *aequitas* se habría mantenido hasta la consolidación del edicto del pretor como fuente creadora de un *ius* diferente a la tradición civil. La interpretación de los juristas habría hecho posible su vinculación con la misma proporcionando al derecho novedad sin ruptura.

⁵⁵ Cfr. STROUX, J., *Summum ius cit.*, pp. 672-675.

quitas en el ámbito jurídico⁵⁶. Asimismo, cabe señalar que la aproximación del derecho a la ética experimentó un fuerte impulso en el principado de Adriano. Como señala Giliberti, en ese momento se realiza una nueva lectura del principio jurisprudencial de la *aequitas* y se opta por la interpretación razonable y flexible de las normas, de tal manera que su aplicación pudiera ser universal. Se busca que el derecho sea conforme a la naturaleza humana y favorezca lo que es de utilidad general⁵⁷.

La equidad aludía a la obtención de alguna ventaja o *utilitas*, pero siempre desde la correspondencia y la medida. Precisamente estas notas aseguran, a juicio de Pinna Parpaglia, la romanidad de las ideas que se expresaban con el término *aequitas*. Además, permitían su extensión, desde el ámbito de la realidad física, a la moral y al derecho. La *aequitas* jurídica, pese a sus peculiaridades, no llegó a perder nunca sus características fundamentales de correspondencia, idoneidad y oportunidad. Gracias a ello la realidad jurídica fue valorada desde la concreción y el sentido práctico; incluso las generalizaciones, que en algunas ocasiones se realizaban, no estaban del todo desvinculadas de la experiencia. Es, pues, ésta una constante que puede observarse en todos los aspectos de la realidad romana. A juicio de este autor, la razón hay que situarla en la existencia de determinados principios, claros, inequívocos y de marcado carácter práctico, entre los que estarían la *aequitas* y el *aequum*, que actuarían en todos los ámbitos y los dotarían de gran coherencia y simplicidad⁵⁸.

⁵⁶ Cfr. STROUX, J., *Summum ius* cit., pp. 648, 684s. Este autor considera que fue entre el 150 y el 50 a.C. cuando se produjo la recepción de la *aequitas* por la jurisprudencia romana, valiéndose para ello del edicto del pretor.

⁵⁷ Cfr. GILIBERTI, G., *Omnium una libertas* cit., p. 1901. Aunque, de forma generalizada, se considera que fue a partir de Juliano cuando la *humanitas* adquirió carácter de *ratio decidendi*, sin embargo GAROFALO, L., *Fondamenti e svolgimenti della scienza iuridica. Saggi*, CEDAM, Padova, 2005, p. 16 pone de relieve cómo ya en los escritos de Javoleno Prisco (D. 34.5.22 [Iav. 5 ex Cass.]) aparece expresamente mencionada como fundamento de la opinión del jurista. Por su parte, Scarano Ussani considera también importante tener en cuenta el recurso, por parte del jurista Celso, al criterio de la *benignitas*. Éste, relacionado con el de *humanitas*, significó un gran progreso para el ordenamiento jurídico romano, pues contribuyó a actualizar el derecho antiguo y adaptarlo a la medida del hombre. Cfr. SCARANO USSANI, V., *Valori* cit., pp. 194-197. La *benignitas*, destaca Scarano Ussani, fue uno de los pilares centrales del pensamiento celsiano.

⁵⁸ PINNA PARPAGLIA, P., *Aequitas* cit., pp. 81, 103-107. A diferencia de la filosofía griega que distinguió claramente el mundo ideal del físico, la mentalidad romana se caracterizaba por la concreción de sus planteamientos. En el ámbito jurídico, de manera muy especial, la *aequitas* asumió el valor de principio fundamental, inspirador de su actividad. Un texto donde claramente puede observarse este sentido de igualdad y medida es D. 3.5.20pr. (Paul. 9 ad ed.): *Nam et servius res-*

Bretone considera que existieron dos formas de *aequitas*, una intrasistémica y otra extrasistémica. La primera era meramente descriptiva, mientras que la segunda tenía carácter axiológico. Esta última se relaciona necesariamente con la naturaleza, que es tratada no sólo como una realidad a estudiar desde un punto de vista fenomenológico sino como un universo dotado de relevancia normativa⁵⁹. La relación entre *ius naturale* y *aequitas* también ha sido puesta de manifiesto por Stagl, quien considera que D. 50.17.206 (Pomp. 9 *ex var. lect.*) expresa su contenido fundamental: el equilibrio entre los beneficios y perjuicios a terceros que pueden derivarse de un determinado acto⁶⁰:

Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores.

Es frecuente que, en los textos jurídicos, *aequum* aparezca acompañado de *bonum*. Según Pinna Parpaglia, la expresión *bonum et aequum* sirve para calificar los actos jurídicos desde un punto de vista ético⁶¹. La identificación de la justicia con el *bonum et aequum*, de acuerdo con Cerami, supone encontrar el equilibrio entre el interés individual y el de la colectividad. El bien común sería la expresión de dicho equilibrio y permitiría la realización del *bonum*. Por su parte, el *aequum* se correspondería con el equilibrio entre intereses contrapuestos⁶². Scarano Ussani señala un texto de Neracio, de finales del s. I

pondit, ut est relatum apud Alfenum libro trigesimo nono digestorum: cum a Lusitanis tres capti essent et unus ea condicione missus, uti pecuniam pro tribus adferret, et nisi redisset, ut duo pro eo quoque pecuniam darent, isque reverti noluisse et ob hanc causam illi pro tertio quoque pecuniam solvissent: Servius respondit aequum esse praetorem in eum reddere iudicium.

⁵⁹ Cfr. BRETONE, M., *Labeone cit.*, p. 268.

⁶⁰ Cfr. STAGL, J.F., *Die Ausgleichung von Vorteil und Nachteil als Inhalt klassischer «aequitas»*, en MANTOVANI, D.; SCHIAVONE, A. (a cura di), *Giusnaturalismo romano cit.*, p. 692.

⁶¹ Cfr. PINNA PARPAGLIA, P., *Aequitas cit.*, pp. 76, 138s., 188-190. Este autor considera que lo *aequum* tenía como función, en cierto sentido, servir de complemento del *ius*. Los dos serían, en cualquier caso, criterios que habrían tenido en la *iustitia* su fuente de inspiración. El autor presenta una lista de fragmentos de juristas de época republicana (Servio Sulpicio Rufo, Alfenio Varo o Trebacio) en los que los términos *iustum/ius* podían ser sustituidos por *aequum/aequitas*, ya que opina que la realidad del *ius* coincidía con la correspondencia que el pretor o el juez romano establecían entre el derecho y los hechos y, la de la *aequitas*, entre lo que se esperaba y lo que se obtenía. Esto habría sido, en su opinión, la base del derecho de la edad republicana. Por su parte, SCARANO USSANI, V., *Valori cit.*, pp. 200s., destaca cómo la identificación del *ius* con el *bonum et aequum* suponía considerarlo a la medida del hombre y reflejaba un momento histórico y social caracterizado por una gran inquietud acerca de la persona y las posibilidades de su desarrollo integral. Asimismo, significaba fundamentar el derecho en un concepto de larga tradición en Roma.

⁶² Cfr. CERAMI, P., *La scuola cit.*, p. 467.

d.C., como uno de los primeros donde se utiliza la voz *aequitas* en una cuestión jurídica. Se trata de D. 6.2.17 (Nerat. 3 *membr.*)⁶³:

Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur: eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio «si ea res possessoris non sit»: sed ut is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat.

Para Neracio, según destaca Scarano Ussani, la *aequitas* era intrínseca al derecho, cuya continuidad y certeza se fundamentaban en ella. Por tanto, de ninguna manera era contraria a la tradición jurídica. La conformidad de la equidad a los fundamentos jurídicos y valores que regulaban el desarrollo de la convivencia ciudadana hacían de ella una extraordinaria garantía de estabilidad social. Neracio, a diferencia de los juristas republicanos, no entiende la *aequitas* como un elemento externo que modifica y rompe con la tradición. Era un valor interno que tutelaba a los otros, los valores de la tradición jurídica romana. De esa forma las decisiones de los juristas y sus argumentos, basadas en estos valores unificados por la *aequitas*, no presentaban aporías o pecaban de incoherencia. En cualquier caso, Neracio no emplea el término *aequum* con el mismo significado que se le atribuía a la *aequitas*. Aunque el empleo de la voz *aequitas* fue frecuente en los textos literarios desde finales de la república, *aequum* aparece en fuentes jurídicas fundamentalmente. Ambos términos apelaban al equilibrio conmutativo entre las posiciones de las partes. Ahora bien, *aequum* indicaba, además, que existía una vinculación entre el caso concreto y el fin a realizar, que no era otro que garantizar la coherencia y la igualdad del sistema jurídico⁶⁴. Scarano Ussani pone de relieve cómo para Celso *aequitas*, *aequum* o *bonum et aequum* tenía un significado diferente. Este jurista, en ocasiones, los considera como *ratio decidendi* de algunas respuestas y, en otras, los utiliza como elemento de ruptura con la tradición⁶⁵.

Biondi sostiene que la justicia en Roma es entendida como equilibrio, medida, humanidad y oportunidad. Este autor pone de relieve cómo los juristas romanos eran conscientes de que todo el derecho era *hominum causa* y, por tanto, la idea de *humanitas* fue creación suya, no del legislador. La fundamental aportación del derecho romano fue la de conferir a la *aequitas* valor jurídico

⁶³ Cfr. SCARANO USSANI, V., *Valori* cit., p. 51.

⁶⁴ Cfr. SCARANO USSANI, V., *Valori* cit., pp. 53-58.

⁶⁵ Cfr. SCARANO USSANI, V., *Valori* cit., p. 105. Son numerosas las fuentes que recogen el principio de equidad como fundamento de la solución del caso, entre otras D. 39.5.22 (Mod. 8 *diff.*). En este sentido, cfr. DÍAZ BIALET, A., *Elegantia*, en *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* II, Milano, 1982, p. 173.

y que llegara a ser el hilo conductor de toda la historia del derecho romano⁶⁶. A juicio de Pugliese, las razones éticas tenidas en cuenta por los juristas eran razones de justicia y equidad. Esta última se correspondía con la justicia y confería al derecho su impronta. Por ello, aunque los juristas no hagan referencia directa a las motivaciones éticas de sus respuestas, la influencia filosófica estoica, y sobre todo griega, es evidente; pues para ellos el derecho tenía un fundamento ético y sus soluciones estaban inspiradas en razones de justicia⁶⁷.

Por todo lo expuesto, consideramos que la idea que muchos tienen del derecho romano como un derecho individualista debe ser corregida. Es cierto que la propiedad quiritaria presentaba esta característica de manera bastante acentuada, pero no siempre fue así. En efecto, la evolución de la vida política romana va formando la conciencia de comunidad y es también relevante en el ámbito jurídico. Tal y como Scarano Ussani ha puesto de relieve, los juristas de época adrianea y de los antoninos sintieron una profunda preocupación por su papel en la sociedad y, en consecuencia, el del derecho en el seno de ésta⁶⁸. En este sentido, Juliano considera el derecho como un arte que, al igual que la demás, tiene un fin caracterizado por la utilidad social. Si bien, como destaca Scarano Ussani, esta planteamiento ya existía con anterioridad en la cultura tanto romana como griega. Algunos juristas, como Trebacio Testa, sostenían que la *ratio iuris* debía adaptarse a aquello que fuera útil y necesario a la comunidad (I. 2.25pr.). Los prudentes eran guardianes del orden social y, por tanto, debían velar por la conservación de los valores considerados como fundamentales⁶⁹.

⁶⁶ Cfr. BIONDI, B., *Funzione* cit., pp. 8s. Sobre la autoría romana de la idea de *humanitas*, cfr. GAROFALO, L., *Fondamenti* cit., pp. 4s. Destaca de ella su carácter de concepto amplio, que partiendo del reconocimiento del valor singular del hombre se extiende al prójimo, cuyo respeto y favorecimiento resultan imprescindibles para el desarrollo de la propia personalidad.

⁶⁷ Cfr. PUGLIESE, G., *L'autonomia del diritto rispetto agli altri fenomeni e valori sociali nella giurisprudenza romana*, en *Scritti Giuridici scelti*, III. *Diritto romano*, Jovene, Napoli, 1985, pp. 168, 179s.

⁶⁸ Cfr. SCARANO USSANI, V., *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 1-3. Juliano aborda esta problemática, de una manera muy especial, en el libro ochenta y seis de sus *Digesta*.

⁶⁹ SCARANO USSANI, V., *L'utilità* cit., pp. 20-22, 29, 51s. Cicerón, en *de inv.* 2.53.160, define la *iustitia* como *habitus communi utilitate conservata suam cuique tribuens dignitatem*. Para Scarano Ussani, el que Juliano admitiera la influencia de la *utilitas communis* en la evolución y desarrollo del *ius civile* era una forma sutil de sugerir la dirección de la actividad jurídica y el tipo de relación a tener con el poder. Durante el Principado de Domiciano, Quintiliano defendió también el bien de la comunidad, la *utilitas communis* como criterio de referencia y modelo intelectual y civil. A juicio de Scarano Ussani, sus *Institutiones Oratoriae* abogan por la conveniencia de la colaboración entre intelectualidad y poder, ya que en última instancia el bien común coincide con la voluntad del príncipe.

Para ello, por un lado, se consideró que existían cosas de uso y disfrute público que no eran susceptibles de apropiación privada, elaborándose un importante elenco de recursos jurisdiccionales con los que proteger este tipo de cosas del abuso de los particulares; y por otro, muchos bienes de titularidad privada se vieron afectados por ciertas limitaciones que, sin duda alguna, se establecieron pensando en el bien común⁷⁰.

4. EL JURISTA ROMANO Y LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO.

La jurisprudencia romana desarrolló su actividad, consistente fundamentalmente en realizar la justicia en el caso concreto, gracias a un espíritu abierto y creativo, que nunca renunció a su propia identidad y tradición. Desde época tardorepublicana, la jurisprudencia no sólo estaba preocupada por encontrar solución a una controversia determinada, sino también por buscar la justicia. Para ello se valió, como pone de relieve Sacchi, de instrumentos proporcionados por la cultura griega. Ahora bien, aunque ciertamente pueda hablarse de un modelo retórico del derecho inspirado en Grecia, hay que señalar que los juristas romanos reelaboraron este pensamiento y crearon algo nuevo y propio⁷¹.

Ulpiano nos ofrece una interesante definición de la jurisprudencia, recogida en D. 1.1.10.2 (Ulp. 1 *reg.*) y en I. 1.1.1⁷²:

⁷⁰ Cabe señalar que el bien común fue, para los iusnaturalistas clásicos españoles, un elemento fundamental de su pensamiento. PÉREZ LUÑO, A. E., *La filosofía* cit., p. 51 considera que, aun cuando hacen referencia a él en un sentido metafísico, el principio tenía una importante operatividad terrena. Gracias a su contribución, la convivencia social se establece sobre la base de la solidaridad, se fijan límites al poder y se legitima el derecho de resistencia frente a la opresión. En su opinión, las ideas defendidas por estos autores admiten una lectura en clave actual, en la que como entonces se da una importante dificultad en la conciliación de los intereses individuales y colectivos.

⁷¹ Cfr. SACCHI, O., *L'interpretazione* cit., pp. 219, 225. Sacchi considera que el derecho de Roma no se configura como una mera recopilación de casos sino como una construcción conceptual con sólidos fundamentos epistemológicos.

⁷² GALLO, F., *Fondamenti* cit., pp. 1959-1970, realiza una interesante comparación de los textos que, en la compilación justiniana, se refieren al contenido y la función del derecho y la jurisprudencia. A propósito de D. 1.1.10 (Ulp. 1 *reg.*) y de I. 1.1.1, observa Gallo cómo, en las Instituciones de Justiniano, no se pone en relación la definición de *iuris prudentia* con la del derecho, entendido éste como *ars boni et aequi*, algo que sí realiza Ulpiano, según se recoge en el fragmento del Digesto. CERAMI, P., voz «*Giurisprudenza*» cit., p. 183 sostiene que la definición de jurisprudencia de Ulpiano es susceptible de una doble interpretación, según manejemos el fragmento del Digesto o el de las Instituciones. En el primer caso, se está haciendo referencia a los juristas como *prudentes-sacerdotes iustitiae*; en el segundo, se les considera exclusivamente como *profesores legitimae scientiae*.

Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.

Cerami ha señalado cómo esta definición menciona dos momentos fundamentales de la actividad del jurista. Por un lado, la *notio*, esto es, el conocimiento de la realidad social; por otro, la *scientia*, la técnica profesional que le permite discernir entre lo justo y lo injusto⁷³. Gracias a esta labor, se produce en Roma el desarrollo del derecho y su progresiva mejora (*in melius produci*). Por tanto, como señala Cerami, no se puede entender el derecho romano sin la jurisprudencia. Tres fueron los modos a través de los cuales, los juristas participaron en el fenómeno jurídico. En un primer momento, durante el período de la jurisprudencia pontifical y en los albores de la laica, mediante la *interpretatio* de las instituciones recibidas de los antiguos y recogidas en las XII tablas. En segundo lugar, a lo largo de la República y el Principado, valiéndose de la crítica correctora e integradora del *ius civile* propio y de otros *iura*, como el *ius honorarium*, el *ius gentium*, los senadoconsultos y las constituciones imperiales. Por último, una tercera forma fue su colaboración con otros órganos productores de derecho como eran los magistrados o el príncipe⁷⁴. La segunda de estas etapas es la que, a continuación, pasamos a analizar.

⁷³ CERAMI, P., voz «*Giurisprudenza*» cit., p. 183.

⁷⁴ CERAMI, P., voz «*Giurisprudenza*» cit., p. 184. En esa labor, el *ius civile* quedaba inmerso en el derecho natural y en el de gentes, pues según Ulpiano, el derecho civil en parte estaba escrito y en parte, no (D. 1.1.6pr. [Ulp. 1 *inst.*]: *Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficitur*). A propósito de este texto de Ulpiano sobre las formas en que puede expresarse el *ius civile*, es adecuado analizar también D. 1.3.32.1 (Ulp. 84 *dig.*): *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur; et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*. En él, el jurista explica cómo, en el caso de los usos y costumbres, son los hechos y la realidad los que sirven para manifestar la voluntad del pueblo sin escrito alguno, siendo su autoridad la misma que la de la ley (D. 1.3.36 [Paul. 7 *ad Sab.*]: *Immo magnae auctoritatis hoc ius habetur; quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere*). En igual sentido se expresa Hermogeniano en D. 1.3.35 (Hermog. 1 *de iur. epit.*): *Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt iura servantur*). Del mismo modo, Modestino, en D. 1.3.40 (Mod. 2 *reg.*): *Ergo omne ius aut consensus fecit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo*), pone de relieve cómo, además de la voluntad expresamente declarada por el pueblo romano, el derecho era resultado de la necesidad y de la costumbre.

a) *La tópica como forma de pensamiento problemático*

El jurista romano desarrollaba su labor en relación con problemas concretos. Partiendo de esta base, trataba de buscar argumentos. Para ello habría contado con la tónica, cuya principal función era la de servir a la discusión de los problemas y no la de formular enunciados generales. En efecto, según Viehweg, el modelo de pensamiento de los jurisprudentes romanos fue el tónico, inspirado en la dialéctica aristotélica. Viehweg define la tónica como la técnica del pensamiento problemático. Ésta fue la estructura espiritual que predominó en el mundo antiguo, pues la *Tópica* de Aristóteles, primero, y después la de Cicerón, fueron desarrolladas por los retores y dieron forma a la actividad jurisprudencial. La tónica habría proporcionado unos *loci communes* revelados por la experiencia, de valor sólo relativo, que habrían actuado como directrices o guías y orientado al jurista en la resolución del caso⁷⁵.

Aristóteles, que fue quien dio el nombre de «tónica» a esta forma de razonamiento, distinguió el ámbito de la verdad, que corresponde a los filósofos, del de lo meramente opinable, del que se ocuparían los retóricos y sofistas. El primero pertenecería al terreno de lo «apodíctico»; el segundo, al de la discusión, al de lo «dialéctico». La tónica estaría situada en este segundo ámbito, el de la dialéctica. Aristóteles intentó, por medio de silogismos aplicados a problemas, evitar contradicciones y llegar a conclusiones correctas. Elaboró, con este fin, un catálogo flexible de tónicos a los que recurrir en la práctica para mantener una discusión. Por todo ello, Viehweg considera que, aunque su intención era filosófica, Aristóteles presenta una teoría de la dialéctica entendida como arte retórica⁷⁶. En efecto, según Aristóteles, para llegar a una conclusión dialéctica, lo primero que había que hacer era descubrir el tónico adecuado al problema en cuestión; posteriormente, formular las preguntas concretas de acuerdo con un orden preciso; y, en tercer lugar, plantearlas al interlocutor⁷⁷. Para Aristóteles, los silogismos dialécticos y retóricos eran tónicos, puesto que llevaban a lugares comunes acerca de cuestiones de derecho, ciencia natural, política y otras disciplinas⁷⁸. A su juicio, la sentencia era una aseveración de

⁷⁵ Cfr. VIEHWEG, TH., *Tópica* cit., pp. 81s.

⁷⁶ Cfr. VIEHWEG, TH., *Tópica* cit., pp. 33-36, 43. Según destaca Viehweg, Aristóteles parte de opiniones que parecen verdaderas de acuerdo con una opinión acreditada.

⁷⁷ Cfr. VIEHWEG, TH., *Tópica* cit., pp. 38s., 54, 71.

⁷⁸ Cfr. Arist., *ret.* 1.2.38-40. La edición de la obra que hemos utilizado es la siguiente: ARISTÓTELES, *Retórica*. Ed. con aparato crítico, trad., prólogo y notas de Tovar, CEPC, Madrid, 1999.

algo no particular, pero tampoco universal, sino más bien de aquello sobre lo que versaban las acciones. Cuando una sentencia iba acompañada de las causas que la justificaban, consideraba el filósofo griego, debía hablarse de entimema (*ret.* 2.21.86). El entimema sería, pues, un tipo de silogismo distinto del dialéctico (*ret.* 2.22.95).

La *Tópica* de Cicerón, señala Vieweg, es una obra de menos nivel que la aristotélica, pero de repercusión superior. Para los juristas tuvo un valor especial porque fue escrita precisamente para uno de ellos, Trebacio Testa. Cicerón, a diferencia de Aristóteles, no separa lo apodíctico de lo dialéctico, sino que distingue, por influencia estoica, entre la invención (esto es, la búsqueda del argumento) y la formación del juicio. Cicerón va a entender la *tópica* como la práctica de la argumentación, realizada a partir de un catálogo de tópicos⁷⁹.

Schiavone pone de relieve cómo, antes de Quinto Mucio, los juristas romanos no solían acudir a la abstracción. Sin embargo, la dialéctica de los filósofos griegos, como Platón y Aristóteles, partía de conceptos abstractos para tratar cualquier cuestión. Con Mucio nace una nueva lógica, completamente abstracta, en el ámbito del derecho. Se crean los instrumentos necesarios para una formulación del *ius civile*, que iba más allá del mero encuadramiento tópico. La novedad romana consistió en que, por primera vez en el mundo antiguo, un saber formado por conceptos abstractos se utiliza para ordenar las relaciones sociales. Gracias a la conceptualización abstracta, el antiguo *ius civile* pudo enriquecerse con los nuevos modelos introducidos por el *ius gentium*. Así, mediante estos modelos lógicos, pudo llevarse a cabo una fusión de fuentes, hasta entonces alejadas, y el pensamiento jurídico jurisprudencial se vio completado por medio del edicto del pretor. Al mismo tiempo, esto llevó a Quinto Mucio a desarrollar proposiciones con las que ordenar la realidad desde una perspectiva abstracta y orgánica. En este contexto las *regulae iuris* fueron consideradas como meros criterios interpretativos, unívocos y ciertos, que permitían disciplinar los distintos ámbitos de la vida jurídica de la ciudad y reconducir a ella los supuestos que, en un futuro, pudieran producirse⁸⁰.

⁷⁹ Cfr. VIEHWEG, TH., *Tópica* cit., pp. 39-43.

⁸⁰ SCHIAVONE, A., *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Laterza, Bari, 1992, pp. 50, 62s.; IDEM, *Ius* cit., pp. 167, 287, 311s. Ya desde el s. III a.C., el edicto del pretor reflejaba una sociedad que estaba cambiando, consecuencia de su predominio en el Mediterráneo. Al mismo tiempo, a partir del s. II a.C., la jurisprudencia romana inició un importante esfuerzo de conceptualización de la experiencia jurídica. Quinto Mucio habría transformado el derecho, pues de ser un acto de voluntad pasó a serlo de conocimiento. De esa manera fue adquiriendo carácter técnico, lo que

Servio mantuvo con el pasado una relación diferente. Su momento histórico se caracterizó por un fuerte desarrollo de la sociedad romana mediterránea y la crisis de la aristocracia senatorial. Por todo ello, las *mores maiorum* y su interpretación dejaron de ser el centro de la actividad jurisprudencial. Empieza así a consolidarse, poco a poco, una nueva racionalidad que aúna la abstracción con la observación de la realidad. Según Schiavone, el período comprendido entre Publio Mucio y Servio fue fundamental en la evolución de la jurisprudencia romana, adquiriendo ésta un carácter marcadamente científico, con unos límites cada vez más claros frente a la actividad política y de gobierno. Cambios que influirán, sin lugar a dudas, en las siguientes generaciones de juristas, que recibirán este pensamiento y lo utilizarán para crear un nuevo derecho acorde con su tiempo⁸¹. En efecto, como subraya Schmidlin, a partir de Escévola se generalizó en Roma el empleo de la metodología dialéctica y retórica en los problemas jurídicos⁸². La retórica, la técnica del convencimiento, jugó entre los juristas romanos un papel significativo, mucho más importante que el que tuvo la filosofía estoica⁸³. Como observa Burdese, esta jurisprudencia tardorepublicana, influida por la retórica y con la intención de dotar de coherencia su actividad, comenzó a analizar los problemas jurídicos

permitiría la revolución intelectual del s. I. Por su parte, Servio habría defendido la racionalidad intrínseca del derecho y la necesidad de profundizar en su razón para poder aplicarlo de forma analógica. Sobre la importación de la conceptualización y el establecimiento de un orden para dotar de carácter científico la actividad jurisprudencial, cfr. CERAMI, P., voz «*Giurisprudenza*» cit., p. 185. Los juristas, llevados por un interés pragmático, aplicaron las operaciones dialécticas abstractas consistentes en definir, dividir y unificar, sobre la realidad social. El resultado fue la elaboración de categorías, instituciones, principios y una terminología jurídica, que por lo extraordinario de su técnica constituyen uno de los patrimonios culturales más importantes de la civilización europea.

⁸¹ SCHIAVONE, A., *Giuristi* cit., pp. 116s. En este período, como señala CERAMI, P., voz «*Giurisprudenza*» cit., p. 185, la jurisprudencia empieza a desarrollar propiamente su actividad creadora del derecho, valiéndose para ello de un peculiar modelo argumentativo-asociativo y de unos esquemas lógico-constructivos que dotarán a su labor de un carácter científico autónomo.

⁸² Cfr. SCHMIDLIN, B., «*Horoi*», «*pithana*» und «*regulae*» – *Zum Einfluss der Rhetorik und Dialektik auf die juristische Regelbildung*, en *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1976, pp. 101-106. Schmidlin considera que el *liber singularis horou* de Escévola es el mejor ejemplo de aplicación del método dialéctico a la actividad jurisprudencial.

⁸³ Aristóteles (*ret.* 1.2.20) define la retórica como la facultad de considerar, en cada caso, lo que es más apropiado para persuadir. Hay que destacar que, como pone de relieve CAMBIANO, G., *La «Retorica» di Aristotele e il diritto naturale*, en MANTOVANI, D.; SCHIAVONE, A. (a cura di), *Giusnaturalismo romano* cit., p. 59, Aristóteles fue el primero que estimó necesario ofrecer una argumentación persuasiva más que emotiva. A juicio de STROUX, J., *Summum ius* cit., p. 679 fue mínima la influencia del pensamiento estoico en el desarrollo del pensamiento jurisprudencial romano.

según un modo de proceder tópico. De esa forma y a través de un procedimiento intelectual susceptible de discusión se hacía prevalecer una solución, según las circunstancias de cada caso, siempre que ésta fue la más razonable y equitativa⁸⁴.

Ciertamente, en la segunda mitad del s. II a.C., el derecho romano experimentó una gran transformación de la mano de la jurisprudencia, que a través de sus *responsa* atendía las necesidades de la comunidad. Si bien, como señala Schiavone, estas respuestas no tenían valor de regla general; se limitaban a resolver el caso concreto. En el pensamiento de estos juristas se puede observar ya cómo, sin renunciar a la tradición, su prioridad era resolver los problemas del presente; pues, precisamente el origen aristocrático de la jurisprudencia republicana y su participación activa en la vida política romana habrían permitido a ésta advertir tempranamente los cambios sociales y sus nuevas necesidades⁸⁵. Aunque son muchos los autores que, como Pugliese, sostienen el desinterés de la jurisprudencia romana por el estudio de los elementos extrajurídicos, también son numerosos los que consideran que la influencia de dichos elementos es innegable en un amplio grupo de instituciones del *ius honorarium*, del *ius gentium* e incluso del *ius civile*. En este sentido, muchas de las innovaciones que se dan entre la segunda Guerra Púnica y la época de los severos son consecuencia de circunstancias económico-sociales. El motivo por el que los juristas prefieren evitar la referencia expresa a dichos elementos, según Pugliese, no es otro que el interés de la jurisprudencia por proporcionar autonomía a su ciencia y, también, por garantizar la objetividad y universalidad de sus soluciones. Gracias a ello, el derecho romano se dotó de una alta dosis de racionalidad y adquirió una perfección técnica que ha permitido su aplicación en contextos históricos diferentes y su consideración como *ratio scripta*⁸⁶.

Es en este marco, opina Schiavone, en el que hay que situar la obra de Labeón y su particular atención al edicto. A diferencia de los *veteres*, cuyos trabajos se dedican en gran parte a comentar el *ius civile*, Labeón opta por

⁸⁴ BURDESE, A., *Derecho Romano* cit., pp. 47-51.

⁸⁵ SCHIAVONE, A., *Giuristi* cit., VII, XIV, pp. 23, 46-52 destaca cómo este hábito de análisis casuístico terminó desarrollando, de forma embrionaria, un modelo de realismo empírico y de cálculo distributivo. Por todo ello, Schiavone considera que nos encontramos ante un momento de gran «modernidad» intelectual.

⁸⁶ Cfr. PUGLIESE, G., *L'autonomia* cit., pp. 162-164, 173, 185-189. En su opinión, esta ausencia de referencia en sus escritos a los elementos extrajurídicos se debe al hecho de que, antes que por la filosofía o la teoría del derecho, los juristas romanos se preocupaban del derecho aplicable a los conflictos concretos que, en la sociedad de su tiempo, requerían una solución.

emplear los nuevos instrumentos hermenéuticos sobre el edicto. Schiavone considera que la filosofía del derecho de Labeón es «racionalista», pues en ella destaca su inclinación por definir las figuras jurídicas, no desde una perspectiva meramente descriptiva, sino preocupada por establecer su estructura esencial⁸⁷. Por su parte, Juliano creía que la consideración de las instituciones jurídicas antiguas era inevitable, si bien no siempre era posible obtener una interpretación racional de todas ellas⁸⁸. Esa es, al menos, la postura que sostiene en D. 1.3.20 (Iul. 55 *dig*):

Non omnium quae a maioribus constituta sunt ratio reddi potest

Este conflicto fue resuelto por Juliano, según Scarano Ussani, acudiendo al criterio de la autoridad de la tradición. De tal forma que, si la razón no llegaba a encontrar una explicación racional para el fundamento de una figura jurídica tradicional, no por ello el pasado debía ser despreciado, seguiría teniéndose en cuenta porque su autoridad era considerada como un valor⁸⁹. Juliano consideraba la certeza del derecho un elemento de suma importancia. Hasta tal punto que, en D. 1.3.11 (Iul. 90 *dig.*), explica cómo la actividad de la jurisprudencia y de las constituciones imperiales ha de estar dirigida a proporcionar certeza al derecho⁹⁰:

⁸⁷ SCHIAVONE, A., *Giuristi cit.*, pp. 154-156, 180-182. A juicio de Schiavone, este método establecía una nueva dialéctica entre el jurista y el texto normativo, bien fuera el del edicto o bien el de las disposiciones dadas por el príncipe. La jurisprudencia encontró así un refuerzo que le permitió mantener el pulso, por lo que respecta a la innovación jurídica, con el poder político. La lógica jurídica, cada vez más compleja, afianzó su autonomía; de ahí que la actividad normativa no pudiera sustraerse a la interpretación de los juristas. STEIN, P., «*Regulae iuris*». *From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh University Press, Edimburgh, 1966, p. 74 también considera que la función que desarrollaron las reglas de derecho durante el Principado sólo se puede entender en relación con las fuentes del derecho de ese período, en especial con el edicto del pretor.

⁸⁸ Cfr. SCARANO USSANI, V., *L' utilità cit.*, pp. 16s.

⁸⁹ Cfr. SCARANO USSANI, V., *L' utilità cit.*, pp. 17-20. Como pone de relieve STEIN, P., *Regulae iuris cit.*, pp. 92, 122, para poder hablar de una auténtica *regula* era necesario que otros juristas la consideraran como tal. De ahí que, cuando Justiniano preparó el título sobre las reglas de derecho de la jurisprudencia clásica utilizara el adjetivo *antiqui* para darle autoridad. Ahora bien, la llegada del Principado trajo importantes cambios, como señala GALLO, F., *La recezione «morbis» nell' esperienza romana*, en BOVE L. (a cura di), *Prassi e diritto. Valore e ruolo della consuetudine*, Jovene, Napoli, 2008, pp. 122, porque desde el momento que la opinión de un jurista era observada por emanar *ex auctoritate principis*, no era necesario que tuviera lugar una recepción de las *mores* para que fueran consideradas derecho.

⁹⁰ Cfr. SCARANO USSANI, V., *L' utilità cit.*, pp. 82-84. Por su parte STEIN, P., *Regulae iuris cit.*, pp. 108-110 pone de relieve cómo las reglas, que hasta la primera mitad del siglo tercero tenían su fundamento en la práctica, a partir de ese momento comenzaron a basarse en constitu-

Et ideo de his quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est.

Durante la época republicana y el alto imperio, se produce lo que Gallo denomina «recezione moribus», resultado de la actividad interpretativa de la jurisprudencia, que se ocupa de dar concreción a este derecho y señalar la regla a seguir, la fórmula que pronunciar o el acto a realizar⁹¹. De ese modo, como pone de relieve Lovato, se fue desarrollando en Roma una ciencia del derecho abierta que, a través del análisis de problemas específicos, dio lugar a un sistema jurídico no cerrado a la innovación y en el que la tradición de los *veteres* jugaba un importante papel como elemento de referencia⁹². Precisamente ese respeto a la tradición es lo que confiere, a juicio de Álvaro d'Ors, *elegantia* a la actividad de los juristas, que se encargan de elegir la solución más justa para un caso concreto. Los avances del *ius* se producen, pero sin ánimo de romper con la tradición o reformar las estructuras sociales romanas⁹³.

Scarano Ussani pone de relieve cómo Neracio defendió que el *ius* podía y debía ser definido (D. 22.6.2 [Nerat. 5 *membr.*]), concibiéndolo en cierto

ciones imperiales que expresaban la voluntad del emperador en relación con una determinada cuestión. Según DOMINGO, R.; RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, B. (eds.), *Reglas jurídicas y aforismos. Con Jurisprudencia actualizada y remisiones a la legislación vigente*, Aranzadi, Pamplona, 2000, 13, las constituciones imperiales imponían reglas de derecho, mientras que la jurisprudencia clásica las creaba. Cfr. en este sentido C. 10.32.66 (65).1 (Imp. Anastas. A. Polyc. pp.): *His etenim, qui memoratas administrationes vel unam ex his peregerunt, nec non liberis et rebus eorum beneficium, quod ante per illustrem administrationem peractam eis acquisitum est, intactum illibatumque iubemus servari, ut relaxatione conditionis et munerum curialium per anteriores principales dispositiones sibi concessa tam ipsi quam liberi eorum post huiusmodi administrationem adeptam procreati una cum propriis substantiis potiantur, etsi contigit eos post divae memoriae Zenonis constitutionem sive per se sive per substitutos suos curiae competentia munera subisse: eadem videlicet constitutione divae memoriae Zenonis ex die quo promulgata est suas vires obtinente, cum conveniat leges futuris regulas imponere, non praeteritis calumnias excitare* (a. 497-499).

⁹¹ Cfr. GALLO, F., *La recezione* cit., pp. 110, 115. Como testimonio de este modo de producción del derecho, cfr. D. 1.21.1.1 (Pap. 1 *quaest.*) o D. 23.2.8 (Pomp. 5 *ad Sab.*). En la actualidad, según PALMA, A., *Giustizia* cit., p. xviii, es necesario que se recupere la costumbre como fuente del derecho, pues al expresar el sentir colectivo de una sociedad es garantía de que las soluciones jurídicas, sobre todo aquellas basadas en la equidad en relación con un específico caso, son conformes al sentido común de justicia.

⁹² Cfr. LOVATO, A., *La giurisprudenza romana* cit., p. 172s. Lovato considera que existen dos modelos de sistema jurídico: el moderno, por un lado, cerrado y basado en determinados axiomas a partir de los cuales se establecen otros enunciados más específicos y por otro el romano (también el del *common law*) abierto y fundamentado en el método tópico, en virtud del cual, partiendo del análisis del problema y buscando la identificación de los principios jurídicos involucrados, se propone una solución.

⁹³ Cfr. GÁNDARA MOURE, A., *Concepto* cit., p. 63.

modo desde una perspectiva «racionalista»⁹⁴. Mientras que Celso ofreció una definición elegante y menos rígida del derecho como arte, en la que tuvo en cuenta tanto el aspecto científico como el pragmático, esto es, su función social. Su idea del derecho no era la de un sistema cerrado de reglas, sino la de un instrumento flexible que podía adaptarse a la realidad concreta del caso y que como finalidad tenía la búsqueda práctica de lo justo⁹⁵. Por este motivo, Scarano Ussani califica de «empirista» la metodología de Celso, en la que prevalece el criterio de lo probable, de manera que la solución propuesta sería aquella que pudiera resolver la mayoría de las controversias planteadas. Para este jurista, la realidad no podía ser encorsetada en rígidas formulaciones jurídicas, abstractas y generales. De ahí que Celso sostuviera que las definiciones tenían un carácter meramente descriptivo y que no debían ser transformadas en reglas que terminaran imponiéndose en todos los casos con la misma *ratio*⁹⁶. Así se expresa en D. 1.3.4 (Cels. 5 dig.), donde afirma que *ex his, quae forte*

⁹⁴ D. 22.6.2 (Nerat. 5 membr.): *In omni parte error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debeat, cum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat*. Cfr. SCARANO USSANI, V., *Valori cit.*, p. 101. Sobre este fragmento, cfr. CERAMI, P., «Ignorantia iuris», *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, IV (1992) p. 83. El autor considera que la locución *ius finitum*, en él recogida, admite una doble interpretación según sea valorada desde la perspectiva de los compiladores o desde la del jurista. Para los primeros, se hace referencia al derecho, entendido como ordenamiento jurídico unitario; para Neracio, sin embargo, Neracio estaría haciendo referencia a la necesidad de conocer el derecho relativo a una determinada institución, ya que su régimen jurídico debe ser *finitum*.

⁹⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Retorno a Roma cit.*, pp. 251-253. Según Fernández de Buján, puede decirse que estamos en presencia de un sistema empírico e inductivo, basado en el método casuístico, y cuya lógica argumentativa es la dialéctica. Sin duda alguna, muy diferente al sistema axiomático y deductivo que en nuestros días predomina, dado que nuestra lógica se desarrolla mediante silogismos deductivos. Sobre lo que para la jurisprudencia clásica expresaba el término *elegantia*, cfr. DÍAZ BIALET, A., *Elegantia cit.*, pp. 167, 169. La elegancia dotaba de armonía a la actividad intelectual del jurista, en tanto que era resultado de la aplicación de la razón y la voluntad sobre el supuesto concreto sometido a su parecer. A juicio de d'ORS, Á., *Nueva introducción cit.*, p. 76, la *elegantia iuris* era una combinación de sobriedad conceptual con fines prácticos, pues se trataba de proporcionar una solución práctica y sencilla mediante una argumentación lógica de conceptos jurídicos claros.

⁹⁶ SCARANO USSANI, V., *Valori cit.*, pp. 102-104, 124-127, 136 pone de relieve cómo este diverso posicionamiento de Neracio y Celso refleja lo controvertido de la cuestión en ese momento, el comprendido entre los principados de Trajano y Adriano. En efecto, incluso dentro de la misma escuela proculeyana podemos observar disparidad de criterios. Para Neracio, el *ius* era un sistema de reglas que transmitía y daba estabilidad a valores arcaicos; sin embargo, Celso lo desvinculaba de cualquier elemento racionalista y lo situaba en el ámbito de la observación experimental y de lo pragmático, puesto que se construía día a día en contacto con la realidad concreta y de acuerdo con su evolución. A juicio de este autor, toda la edad imperial se caracteriza por la discusión entre la concepción del saber desde una perspectiva dogmática o empírica. Cfr. IDEM,

uno aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur, ya que, como explica en el fragmento siguiente, *nam ad ea potius debet aptari ius, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt* (D. 1.3.5 [Cels. 17 dig.]).

Esta diversidad de puntos de vista entre Neracio y Celso, a propósito del fundamento último de la *ratio*, pone de relieve la existencia de un importante debate científico sobre la cuestión. Mientras que, para Neracio, no era necesario encontrar una explicación racional a los criterios que eran la base del *ius* porque ello habría debilitado su certeza, Celso sostenía que sí debía hacerse, aunque supusiera romper con la tradición en algunos casos.

A juicio de Viehweg, el jurista romano, siguiendo el método tópico para sus razonamientos, se enfrenta primero al problema planteado y, después, trata de encontrar argumentos. Este tipo de pensamiento se caracteriza, por no forzar la inclusión del caso en un sistema previamente establecido, sino en desarrollar un estilo de búsqueda de premisas de carácter inventivo, basado en puntos de vista probados. De esa forma, el jurista se convierte en sujeto activo de la construcción del derecho y no en mero receptor⁹⁷. El jurista medieval, como también ha puesto de relieve Viehweg adopta igualmente un modo de pensar tópico. Su actividad se enfoca en el problema, que intenta solucionar a través del estudio de las fuentes romanas. No obstante, se trata de una interpretación exenta de crítica, que se aplica a situaciones de una época muy diferente de aquella en la que este derecho fue creado⁹⁸.

Gian Battista Vico fue uno de los primeros en poner de relieve los aspectos fundamentales del método jurisprudencial romano, que denomina «modo de pensar antiguo», frente al «nuevo», de carácter crítico e inspirado en la geometría⁹⁹. Vallet de Goytisolo, a propósito de la obra de Vico, destaca cómo

L' utilità cit., pp. 105, 139. A juicio de GAROFALO, L., *Fondamenti* cit., pp. 2s., Celso ofrece una definición objetiva del derecho como experiencia completa, que abarca tanto su creación como su interpretación y aplicación. Sería resultado de un arte, sometido a su propia técnica y reglas y dirigido a la obtención del *bonum et aequum*. Ello implica la conformidad de sus soluciones con las *boni mores*, la racionalidad, esto es, la atención preferente a las exigencias de la realidad y la reconciliación entre posiciones e intereses enfrentados, y el principio de igualdad.

⁹⁷ Cfr. VIEHWEG, TH., *Tópica* cit., pp. 71-74.

⁹⁸ Cfr. VIEHWEG, TH., *Tópica* cit., p. 92. Ahora bien, pese al papel jugado por la tópica para el desarrollo de la jurisprudencia, no llegó a convertirse en un método porque, a juicio de Viehweg, sólo puede ser considerado como tal el procedimiento que, a través de una lógica rigurosa y deductiva elabora un nexo de fundamentos unívoco.

⁹⁹ VIEHWEG, TH., *Tópica* cit., pp. 21s., 26-28. Vico califica el método antiguo como tópico y el nuevo como crítico. Del primero, Cicerón es uno de sus representantes más sobresalientes; del segundo, Descartes. La principal ventaja del método tópico es que permite profundizar en la experiencia y

el pensamiento del napolitano no podía admitir que entre el *verum* y el *factum* hubiera una separación. Consideraba, en cambio, que la filosofía y la historia iban de la mano. Asimismo, en cuanto a la relación entre la filosofía, que busca el *verum*, y la filología, que persigue el *certum*, opinaba que el jurista debía siempre tener presente ambos planos: el de la equidad o *ratio*, proporcionado por la filosofía, y el del texto legal, examinado por la filología. Por todo ello, Vallet llega a la conclusión de que el viquiano es un método de confrontaciones: filológicas, filosóficas, históricas y, en definitiva, de ponderación prudencial de lo bueno y lo útil para establecer lo justo. La tópica, para Vico, no era sino un instrumento para percibir adecuadamente la realidad antes de juzgarla y razonar sobre ella. Sólo después de conocer se puede valorar y, entonces, establecer qué es lo más acorde con la equidad y, por tanto, debe prevalecer en justicia¹⁰⁰. Navarro Gómez considera que la dualidad filosofía-filología es la que inspira también la contraposición derecho natural-derecho positivo. Este autor sostiene que Vico supera este enfrentamiento a través del «derecho natural de gentes». Mediante la costumbre, que se basa en el *sensus communis* propio del ser humano, la jurisprudencia y la historia encuentran su fundamentación, frente al puro racionalismo. La aplicación de la voluntad sobre los frutos de la razón es la síntesis de su propuesta: primero conocer la equidad y después elegir el bien¹⁰¹. El método nuevo se caracteriza por partir de un

analizarla desde distintos puntos de vista. La del método nuevo, la agudeza y precisión. Si bien, a costa de una importante pérdida de penetración y creatividad; por tanto, de lo más característico del ser humano. De ahí la conveniencia, según el filósofo napolitano, de aunar ambos métodos. El derecho, como pone de relieve NAVARRO GÓMEZ, F.J., *La razón* cit., p. 261 a propósito del pensamiento de Vico, parte de los hechos para llegar a su propio *verum* mediante un proceso inductivo. Se trata de una verdad formal, no material, que con la ayuda de la tópica garantiza la corrección del juicio emitido. En la misma línea se expresa PÉREZ LUÑO, A. E., *La filosofía* cit., pp. 97s., quien destaca cómo Vico rechaza aplicar el cartesianismo al derecho por tratar de problemas esencialmente humanos y también critica que Viehweg no resalte en su obra cómo Vico rechaza que la tópica tuviera validez absoluta. Para Vico, la jurisprudencia era un arte argumentativo que conducía a lo verdadero. Referente de la misma son los juristas romanos y el pretor, quienes partiendo de las circunstancias del caso buscaban su solución, inspirados siempre en el ideal de la justicia.

¹⁰⁰ Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, J., *Estudios* cit., pp. 852-855, 862, 869-873. A propósito del papel desarrollado por la interpretación jurisprudencial como eje de la obra viquiana, cfr. CRIFÒ, G., «Semantica giuridica in Vico», en TRABANT, J. (Hrsg.), *Vico und die Zeichen. Vico e i Segni*, G. Narr, Tübingen, 1995, p. 33. PALMA, A., *Giustizia* cit., pp. 50s. pone de relieve que Vico considera que la finalidad de la tópica es la de encontrar argumentos a favor de aquello que es verosímil. El objetivo de la educación debe ser, por consiguiente, la formación del *sensus communis*, basado no en aquello que es verdadero sino en lo que es verosímil.

¹⁰¹ Cfr. NAVARRO GÓMEZ, F.J., *La razón* cit., pp. 88, 91. De acuerdo con este planteamiento, Dios sería la fuente última, aquella de la que nacería el derecho.

primum verum, esto es, de una verdad que no puede ser anulada ni siquiera por la duda. Su desarrollo se realiza a través de una cadena de deducciones según las reglas de la geometría, primera ciencia estrictamente demostrable. Sin embargo, como pone de relieve Viehweg en su análisis del pensamiento de Vico, el método antiguo se basa en lo verosímil, se desarrolla por medio de silogismos de acuerdo con las reglas de la tópica retórica¹⁰². Para Vico, como subraya Navarro Gómez, el único principio del derecho universal es la verdad que consiste en la conformidad con el orden eterno de las cosas¹⁰³.

A este respecto, Álvaro d'Ors puso de manifiesto que si bien el derecho natural tiene su fundamento en la verdad, los jueces sólo cuentan con las pruebas para aproximarse a ella; por lo tanto su juicio no trasciende de la probabilidad. Por otra parte, destacó cómo la identificación que, en algunos momentos, se ha hecho del derecho de gentes con el derecho natural se basaba en que, para llegar a reconocer los principios del orden natural, el sentido común es el instrumento más idóneo. Este sentido es el de la conciencia individual, pero al mismo tiempo común, de todos los hombres, por lo que sus postulados no son exclusivos de un pueblo sino compartidos por muchos de ellos¹⁰⁴. Cicerón se expresaba, en ese mismo sentido, en *de leg.* 1.33:

Sequitur igitur ad participandum alium <cum> alio communicandumque inter omnes ius <n>os natura esse factos. Atque hoc in omni hac disputatione sic intellegi uolo, quo<m> dicam naturam [esse]; tantam autem esse corruptelam malae consue-

¹⁰² Cfr. VIEHWEG, TH., *Tópica* cit., p. 17. A propósito de la obra de Viehweg y el interés que ésta provocó por la racionalidad práctica y la argumentación, cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *La filosofía* cit., p. 96s.

¹⁰³ Cfr. NAVARRO GÓMEZ, F.J., *La razón* cit., pp. 89, 127, 261. Las verdades procesales, afirma Vico, dan testimonio del *certum*, pero no del *verum*. Para Vico, en el proceso conflúan el *factum*, esto es, la experiencia jurídica; el *certum*, integrado por el derecho estricto (*ius civile*); y el *verum*, representado por la equidad, que no era una idea abstracta de justicia, sino concreta. Sobre la importancia del procedimiento como garantía de la racionalidad de un argumento cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *La filosofía* cit., p. 104. A su juicio, los actos jurídicos realizados conforme a él son considerados como racionales; el derecho, de esa manera, adquiere imparcialidad, tanto en el momento de su creación como de su aplicación. Por su parte, Kelsen, H., *Lineamenti* cit., pp. 95-98, hace depender la validez del derecho de su adecuación al procedimiento previsto en una norma fundamental, que es la base de todo el ordenamiento jurídico. Las normas jurídicas emanadas a partir de la fundamental son consecuencia de un acto de voluntad, más que intelectual. En consecuencia, el derecho vale sólo en tanto en cuanto es derecho positivo, esto es, en la medida en que ha sido dado según una regla determinada. Sobre la influencia de esta obra, fundamental no sólo en el contexto europeo, sino también en el latinoamericano, cfr. LÓPEZ MEDINA, D.E., *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, Colombia, 2009, pp. 395-398.

¹⁰⁴ D'ORS, Á., *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, CSIC, Roma-Madrid, 1973, p. 49; IDEM, *Nueva introducción* cit., pp. 29, 41.

tudinis, ut ab ea tamquam igniculi exstinguantur a natura dati, exorianturque et confirmentur uitia contraria. Quodsi, quo modo s<un>t natura, sic iudicio homines 'humani, ut ait poeta, nihil a se alienum putarent', coleretur ius aequae ab omnibus. Quibus enim ratio <a> natura data est, isdem etiam recta ratio data est; ergo et lex, quae est recta ratio in iubendo et uetando; si lex, ius quoque; et omnibus ratio. Ius igitur datum est omnibus, recteque Socrates execrari eum solebat qui primus utilitatem a <iure> seiunxisset; id enim querebatur caput esse exitiorum omnium. Vnde enim illa Pythagorea uox, [de amicitia locus]: <ut unus fiat ex pluribus.>

b) Las reglas de derecho

De acuerdo con Viehweg, los tópicos jurídicos constituyen un catálogo de puntos de vista que actúan como proposiciones directivas y no están vinculados por un nexo deductivo, lo que permite su ampliación y proporciona flexibilidad a su aplicación. Las colecciones de *regulae* que a lo largo de la historia del derecho romano se fueron elaborando responden a este esquema. Serían, en esencia, catálogos de tópicos¹⁰⁵. Como explica Betancourt, la tradición de cerrar una compilación jurídica con libros dedicados al significado de las palabras y a las reglas de derecho arranca con Justiniano, que reserva para ello los dos últimos títulos, el 16 *De verborum significatione* y el 17 *De diversis regulis iuris antiqui*, del libro 50 del Digesto¹⁰⁶. Más adelante, en 1234, San Raimundo de Peñafort, cuando recibe el encargo de Gregorio IX de realizar una compilación de sus *Decretales*, concluye su obra con dos títulos similares, *De verborum sinificatione* y *De regulis iuris*. En 1298, se añade un libro a estos cinco, conocido como *Liber Sextus*, que acaba igualmente con un título dedicado al significado de las palabras y otro a las reglas de derecho. Asimismo, a finales del siglo XIII, Alfonso X redacta las Siete Partidas para los reinos de Castilla y León, y las cierra con dos títulos, los 33 y 34, que rezan *Del significamento de las palabras dubdosas* y *De cosas y de las reglas del derecho*, respectivamente¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Cfr. VIEHWEG, TH., *Tópica* cit., p. 76s. Según Aristóteles los tópicos eran puntos de vista sobre cuestiones opinables, que podían conducir a la verdad y eran generalmente aceptados.

¹⁰⁶ En relación con la elaboración del catálogo de reglas recogido en el último título del Digesto, STEIN, P., *Regulae iuris* cit., p. 117 pone de relieve que cada una de las comisiones encargadas de la preparación del Digesto (sabiniana, papiniana y edictal) extrajo como media una regla por cada diez libros. En concreto, la edictal, ciento once; setenta y una, la masa sabiniana; y veintiocho, la papiniana.

¹⁰⁷ Cfr. BETANCOURT, F., «*De regulis iuris iuris*» en el «*ius commune*» y en el «*ius patrium*» español y colombiano, en REINOSO-BARBERO, F. (coord.), *Horizonte actual* cit., p. 199; DOMINGO, R. (coord.);

Como señala Savigny, frecuentemente el origen de una regla de derecho no es otro que haberse llegado a convertir en costumbre¹⁰⁸. Para Hinestrosa, el ser de aceptación común es una de las notas fundamentales de las reglas, cuya efectividad en última instancia depende de la antigüedad de su reconocimiento y su concordancia con la tradición jurídica de la sociedad en la que se aplica¹⁰⁹. Neracio, uno de los primeros juristas que escribió libros sobre *regulae*, consideraba que los valores de la tradición jurídica romana expresaban certezas metajurídicas. Éstas, según pone de relieve Scarano Ussani, históricamente habrían adoptado una forma definida a través de reglas de conducta y proposiciones esquemáticas¹¹⁰. Ahora bien, este respeto por lo antiguo se daba siempre que lo establecido por los antepasados fuera acorde con la razón (D. 1.3.20 [Iul. 55 dig.]):

Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet.

Desde antiguo, hubo en Roma preceptos que recogían reglas de vida, como por ejemplo las *sententiae* de Apio Claudio el ciego¹¹¹. Estas serían el precedente de las *regulae iuris*, en cuanto normas de conducta jurídica derivadas, por abstracción, de la experiencia. A juicio de Carcaterra, antes de que la influencia griega fuera relevante, ya los romanos formularon *regulae*, *divisiones* o *descriptio-*

ORTEGA, J.; RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, B.; ZAMBRANA, N., *Principios de derecho global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados*. 2ª ed. revisada y aumentada, Aranzadi Cizur Menor, 2006, p. 24.

¹⁰⁸ Cfr. SAVIGNY, F.C., *Sistema del Diritto Romano Attuale* I. Traduzione dall' originale tedesco di V. Scialoja (Torino 1886), en BOVE, L. (a cura di), *Prassi* cit., p. 288. En cualquier caso, para que un uso pueda llegar a ser considerado como derecho consuetudinario, deben darse determinados requisitos, según WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette* I, Traduzione di C. Fada, P.E. Bensa, Torino, 1925, p. 343: ser consecuencia de una necesidad jurídica, observarse de manera uniforme durante un tiempo considerable, no ser irracional ni oponerse al orden político moral y, por último, darse una general convicción sobre su eficacia.

¹⁰⁹ Cfr. HINESTROSA, F., *De los principios generales* cit., pp. 184.

¹¹⁰ Cfr. SCARANO USSANI, V., *Valori* cit., pp. 58s., 63s., 132-134. Neracio no era, a juicio de Scarano Ussani, un mero admirador del pasado. Su intención era la de trazar un hilo de continuidad entre éste y el presente, con un desarrollo racional y sin interrupciones. Sin embargo, como se desprende de D. 1.3.39 (Cels. 23 dig.), Celso adopta frente al pasado una posición diferente, rechazando la aplicación de una costumbre privada de *ratio*. En este sentido, DOMINGO, R.; RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, B. (eds.), *Reglas jurídicas* cit., p. 91 ponen de relieve cómo el aforismo, extraído de las *Tusculanae disputationes* (2.27.65) de Cicerón, *nihil potest esse aequabile, quod non a certa ratione proficiscatur*, expresa la exigencia de racionalidad que cualquier decisión jurídica ha de cumplir. Consecuencia de este principio será la obligación de motivar las sentencias y la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos.

¹¹¹ Cfr. CARCATERRA, A., *Le definizioni* cit., pp. 68s.

nes, si bien lo hicieron sin una reflexión analítica, que fue la gran aportación de la filosofía helena al genio romano, caracterizado por la observación y la meticulosidad verbal y conceptual¹¹². Ahora bien, mientras el término *regula* fue empleado en el sentido de medida o guía para resolver una determinada y concreta problemática, las *definitiones* tuvieron un carácter diferente, pues consistían en una simple explicación referida exclusivamente a la mera etimología de un término. Carcaterra opina que la voz *definitio*, empleada en diversos ámbitos, siempre implicó una operación de diferenciación, individualización, que conllevaba precisión y concreción, dado que el primer uso de este término, empleado para trazar los límites de la ciudad, ya hacía referencia a conceptos tales como «división» o «distinción»¹¹³. Sin embargo, las *regulae* eran resultado de la experiencia y tenían carácter de reglas de conducta, carecían de naturaleza semántica, como era el caso de las definiciones¹¹⁴. Reinoso Barbero considera que, mientras que

¹¹² Cfr. CARCATERRA, A., *Le definizioni* cit., pp. 72s., 76, 92. Carcaterra opina que lo dialéctico no proporcionó al pueblo romano una capacidad nueva, sino la de desarrollar la que ya tenían con un método, con arte.

¹¹³ Cfr. CARCATERRA, A., *Le definizioni* cit., pp. 117s., 170, 177-181, 185 juzga de extraordinario interés profundizar en los fines para los que la jurisprudencia romana empleó las *definitiones*, que fueron fundamentalmente dos: la enseñanza y la investigación científica. Este autor pone de relieve, por otra parte, la ausencia de definiciones normativas en el derecho clásico. El jurista Javoleno considera que *omnis definitio de periculosae* (D. 50.17.102 [Iav. 11 *epist.*]: *Omnis definitio in iure civile periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset*). Carcaterra señala cómo Javoleno sólo estima peligrosas aquellas que se dan con carácter normativo, no las que tienen naturaleza científica. Fue el emperador Justiniano el que dio valor normativo a definiciones que originariamente sólo lo tenían expositivo y, en consecuencia, las hizo vinculantes, tanto para el legislador como para el intérprete. Justiniano se preocupó, sobre todo, de las definiciones programáticas, que eran criterios que debían inspirar al legislador en su actividad. Los primeros títulos del Digesto de *iustitia et iure* y *De origine iuris* contendrían este tipo de enunciados. En consecuencia, la definición que Celso hace del *ius* como arte de lo bueno y lo justo, que inicialmente sólo habría tenido valor didáctico, adquirió con Justiniano naturaleza normativa. Este emperador, ante el riesgo que suponía la interpretación del derecho positivo, prohibió cualquier comentario de su obra, reservándose la facultad de su interpretación. CERAMI, P., voz «*Giurisprudenza*» cit., p. 190 opina que Javoleno califica de peligrosa la tarea de definir el derecho porque la realidad social no es susceptible de ser encorsetada en esquemas teóricos definitivos. El derecho tiene carácter instrumental y, como tal, sus planteamientos son provisionales, nacidos para adaptarse a una experiencia concreta.

¹¹⁴ Cfr. CARCATERRA, A., *Le definizioni* cit., pp. 83, 103, 186-188, 196. Originariamente, pues, *regula* y *definitio* habrían sido conceptos diferentes. En época republicana, *definire* significaba «explicar»; sólo más tarde, en época postclásica, se entendió como «establecer imperativamente». Pasó de ser una actuación lógica, de interpretación, a ser un acto de voluntad, una norma imperativa emanada del emperador. Asimismo, acerca de los puntos en común y las diferencias entre las reglas de derecho y las definiciones, cfr. «AUTOR» (1994) pp. 26s. En dicho trabajo se pone de relieve cómo la función de unas y otras es distinta: en particular, las reglas no se limitan a la descripción de una determinada figura, sino que buscan ofrecer solución a un problema jurídico.

los juristas republicanos diferenciaron científicamente entre *regula* y *definitio*, los de época imperial ya no lo hicieron. El concepto de *regula* que Paulo da en D. 50.17.1 (Paul. 16 *ad Plaut.*) sería expresión de esta confusión¹¹⁵:

Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur; sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur; et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.

Desde el punto de vista palingenésico, cabe señalar de este texto que se encuentra situado en un libro dedicado a las manumisiones. En este sentido es interesante destacar cómo el fragmento que Lenel coloca inmediatamente antes corresponde a una regla de derecho en virtud de la cual, en caso de duda, debía favorecerse la libertad (D. 50.17.179 [Paul. 16 *ad Plaut.*]). Es, a continuación de formular esta regla, cuando Paulo explica el alcance de la misma y destaca cómo la regla no es anterior al derecho sino consecuencia de éste¹¹⁶.

Para Lovato, el texto de Paulo pone de relieve que las reglas no eran más que enunciados donde se sintetizaban los aspectos fundamentales de una disciplina y que, por tanto, no tenían valor de fuente del derecho. De ahí que nada impidiera que, en el futuro, pudieran ser modificadas e incluso abandonadas.

¹¹⁵ Cfr. REINOSO-BARBERO, F., «'Definitio periculosa': ¿Javoleno o Labeón?», en *Bulletino del Istituto di Diritto Romano*, 90 (1987) p. 293. Para este autor, la definición servía para describir brevemente los aspectos más relevantes de una determinada figura jurídica. Cfr. también IDEM, *Principios generales en la jurisprudencia* cit., 37. A propósito del momento en que se generaliza entre la jurisprudencia el término *regula*, SAINZ-EZQUERRA FOCES, J.Mª, *La «regula catoniana» y la imposibilidad de convalidación de los actos jurídicos nulos*, Universidad de La Laguna, La Laguna, 1976, p. 15 pone de relieve que una regla como la catoniana, formulada por un jurista republicano, es considerada por Celso, jurista del Principado, como una *definitio*. Por lo que, en su opinión, la voz *regula* no se habría empleado por los prudentes hasta el advenimiento de ese nuevo régimen. Cfr. al respecto, D. 34.7.1pr. (Cels. 35 *dig.*) y la versión que de la misma se recoge en el último título del Digesto dedicado a las reglas de derecho, D. 50.17.29 (Paul. 8 *ad Sab.*). A propósito de la recepción de esta regla por el derecho medieval y moderno, cfr. DOMINGO, R.; RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, B. (eds.), *Reglas jurídicas* cit., p. 93s. Sobre la imprecisión con la que muchos juristas se refieren a las reglas, que a veces aparecen denominadas como tal y otras como *definitio*, cfr. SCHMIDLIN, B., *Horoi* cit., pp. 117-119, 123s. Por su parte, STEIN, P., *Regulae iuris* cit., p. 74 considera que la controversia entre Sabino y Plauto a propósito de la naturaleza de la regla, recogida en D. 50.17.1 (Paul. 16 *ad Plaut.*), pone de manifiesto que los juristas del siglo I ya estaban familiarizados con ellas, si bien no fue hasta el siglo siguiente cuando éstas adquirieron una mayor difusión.

¹¹⁶ Cfr. LENEL, O., *Palingenesia iuris civilis consultorum reliquae quae Iustiniani Digestis continentur ceteraque iurisprudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros*, I. Disposuit Otto Lenel. Unveränderter Abdruck der 1889 in Leipzig Ausgabe, vermehrt um das Supplementum von L.E. Sierl, Akademische Druck- U. Verlagsanstalt, Graz, 1960, cols. 1171-1176: Liber XVI *De manumissionibus*, núms. 1219-1230.

Lo importante era, sobre todo, llegar a soluciones que fueran seguidas por ser las más convincentes en relación con otras propuestas sobre un determinado caso y en un concreto momento histórico. En época postclásica, las sentencias de los jurisconsultos van a ser consideradas como instrumentos para la interpretación y la integración de las normas imperiales y, en cualquier caso, eran válidas siempre que no contradijeran la voluntad imperial. La gran novedad justinianeana consistió en conferir carácter legal a las opiniones de los juristas al recogerlas en una obra oficial. A juicio de Lovato, esto supuso una radical transformación de su naturaleza¹¹⁷.

Las reglas recogidas en D. 50.17, opina Viehweg, se basan en el principio de probabilidad, no expresan verdades o certezas absolutas y son sólo citas de juristas, recogidas sin ningún orden ni sistemática¹¹⁸. Por tanto, la regla lo que refleja, según Sainz-Ezquerria, es una práctica jurisprudencial que sirve de transmisor a la siguiente generación de juristas. De ahí que Paulo hable de *ex iure, quod est, regula fiat* y de *brevis rerum narratio traditur*¹¹⁹. Es por ello que, como pone de manifiesto García-Garrido, en ningún caso llevasen consigo la imposición de una determinada solución jurídica. Eran más bien principios orientadores, de carácter problemático, estrechamente vinculados a la realidad jurídica, cuya finalidad era tan solo la de servir como guía para la práctica y la enseñanza del derecho¹²⁰. Ahora bien, como señala Reinoso Barbero, nunca la

¹¹⁷ Cfr. LOVATO, A., *La giurisprudenza* cit., pp. 174-176, 181. Sobre la función de las reglas formuladas por los juristas clásicos, cfr. CERAMI, P., *Ignorantia iuris* cit., p. 70. A su juicio, ésta lejos de ser normativa se asimilaba más bien a la de las reglas retóricas, actuando como criterios para determinar aquello que era verdadero o falso o las premisas necesarias para que se produjeran ciertas consecuencias. En el mismo sentido se expresa VACCA, L., *Contributo allo Studio del metodo casistico nel Diritto romano*, Milano, 1976, pp. 110-112, para quien la regla no es el *ius* sino una evidencia del mismo. La validez de la regla deriva de su origen, que no es otro que el caso concreto resuelto por la jurisprudencia y, por tanto, depende de la *interpretatio prudentium*.

¹¹⁸ Cfr. VIEHWEG, TH., *Tópica* cit., p. 77. Su fundamento sería meramente dialéctico, esto es, basado en la autoridad del jurista que mantiene tal opinión.

¹¹⁹ Cfr. SAINZ-EZQUERRA FOCES, J.M.^a, *La «regula catoniana»* cit., p. 15. Sobre la definición pauliana de regla, cfr. IGLESIAS-REDONDO, J., *Diccionario de definiciones y reglas de Derecho Romano*. Ed. bilingüe, ampliada y actualizada, Ariel, Barcelona, 2005, p. 171s.

¹²⁰ Cfr. GARCÍA-GARRIDO, M.J., *Prólogo*, en REINOSO-BARBERO, F., *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Dykinson, Madrid, 1987, pp. 6s. En ningún supuesto, pone de relieve este autor, los principios son aislados del caso ni se les da carácter general. Sobre la finalidad docente de los *libri definitionum* y los *libri regularum*, cfr. REINOSO-BARBERO, F., *Los principios generales* cit., pp. 30s. Escribieron *libri regularum*: Neracio, Pomponio, Gayo, Cervidio Escévola, Paulo, Marciano, Licinio Rufo, Ulpiano y Modestino. Escribieron *libri definitionum*: Quinto Mucio Escévola y Papiniano. Cfr. también al respecto, DOMINGO, R.; RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, B. (eds.), *Reglas jurídicas* cit., p. 13.

existencia de una regla impedía que se optase por la solución más útil y conveniente. La regla sólo orientaba y esclarecía al jurista la cuestión, pero no le vinculaba ni le obliga a dar una determinada respuesta¹²¹. La regla es, a juicio de Domingo, un criterio de interpretación, de carácter general, que orienta la solución de casos concretos complejos¹²².

Fernández de Buján coincide en considerar las reglas de derecho romanas como la formulación de una síntesis, extraída de un conjunto de respuestas análogas. La regla no expresaba un contenido cierto, sino probable, obtenido a partir de las soluciones jurisprudenciales a casos reales y concretos¹²³. Domingo estima que, precisamente en su descontextualización, es donde radica la frescura y el carácter siempre actual de la regla jurídica¹²⁴.

c) *La ratio iuris como fundamento y límite de la analogía*

Wieacker, en su descripción del proceder inductivo de los antiguos juristas romanos, destaca que estos tenían en cuenta las *regula veterum* o las respuestas precedentes, pero siendo siempre conscientes de que no existían dos casos idénticos. Esto les llevaba a profundizar en la *ratio decidendi* del precedente, a darla por buena, y a aplicar su solución por analogía tras verificar que también podía resolver la controversia presente. A finales de la República este sistema se vio obligado a cambiar, dado que fueron muchas las transformaciones sociales que se produjeron y resultaba demasiado oneroso tener que recurrir necesariamente a la comparación con otros casos precedentes. Por otro lado, empieza a desarrollarse la moral jurídica y juristas como Celso

¹²¹ Cfr. REINOSO-BARBERO, F., *Los principios generales* cit., pp. 32, 46. Cuando existían varias opiniones contrapuestas sobre una misma cuestión, el jurista elegía la solución más justa y fundada, siempre que fuera la más útil y conveniente para el caso.

¹²² DOMINGO, R. (coord.); ORTEGA, J.; RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, B.; ZAMBRANA, N., *Principios* cit., p. 23.

¹²³ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Retorno a Roma* cit., pp. 250-253. Por su parte, CARCATERA, A., *Le definizioni* cit., p. 64 mantiene que lo fundamental de la *regula* era su carácter concreto y analítico.

¹²⁴ DOMINGO, R. (coord.); ORTEGA, J.; RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, B.; ZAMBRANA, N., *Principios* cit., p. 25. Ahora bien, REINOSO-BARBERO, F., *Los principios generales* cit., pp. 19, 34-36 destaca que, por lo general, la regla no era resumen del derecho vigente; su función era meramente la de esclarecer y orientar. En época clásica, los principios y reglas no se utilizaban con independencia del caso para el que fueron dados. Cuando se les quería dar un valor general o absoluto, salían a la luz contradicciones y excepciones. Por todo ello, Reinoso-Barbero defiende la existencia de un proceso de creación de la regla y otro de demolición.

sostienen que la finalidad del derecho no es otra que la de dar concreción al *bonum et aequum*. La consecuencia fue que la jurisprudencia se va progresivamente caracterizando como el arte o la técnica que, por encima de las leyes o *rationes decidendi*, busca la justicia concreta¹²⁵.

Según Scarano Ussani, la actividad interpretativa de los juristas se habría basado, sobre todo, en la aplicación del procedimiento analógico, gracias al cual la coherencia y la certeza quedaban aseguradas. La analogía sirvió para conservar a lo largo del tiempo los modelos y fines originarios del derecho. No obstante, requisito imprescindible para el *procedere ad similla* era el contar con datos claros y estables, de ahí que se apoyara en reglas. Reinoso Barbero considera que fue buscando elementos comunes, en unos y otros, cómo la jurisprudencia romana consiguió aplicar las soluciones recogidas en las antiguas y rígidas reglas de la tradición a casos nuevos¹²⁶. A este respecto, Vacca ha puesto de relieve cómo la *ratio decidendi* del jurista recogía el principio jurídico que debía aplicarse, permitiendo así que una solución concreta llegara a adquirir carácter general. Este singular proceso de abstracción y simplificación habría tenido finalmente como resultado la formulación de *regulae* de naturaleza casuística¹²⁷.

Burdesi pone de relieve que para juristas como Juliano no siempre era posible encontrar la *ratio* de las soluciones dadas por los mayores así como tampoco era necesario, en el caso de la *regula iuris*, buscar su origen. Lo importante, consideraba el jurista, era alcanzar a comprender el sentido de su

¹²⁵ WIEACKER, F., *Fundamentos* cit., pp. 27, 34-37. A juicio de este autor, la jurisprudencia sacerdotal tuvo que elaborar este elenco de *regula veterum* o reglas de la experiencia para proporcionar respuesta a las nuevas controversias que se sometían a su consideración. Estas reglas eran resultado de un progresivo contexto de conocimientos que terminó expresándose finalmente en forma de máxima. Sobre la función de la costumbre y los precedentes judiciales en derecho romano, cfr. D. 1.3.38 (Call. 1 *quaest.*), donde el jurista destaca su valor en la interpretación de la ley cuando ésta no resulta clara. En concreto, acerca de su papel integrador de las lagunas de la ley, cfr. D. 1.3.32pr. (Iul. 84 *dig.*), D. 1.3.33 (Ulp. 1 *de off. proc.*) y D. 1.3.37 (Paul. 1 *quaest.*).

¹²⁶ Cfr. REINOSO-BARBERO, F., *Los principios generales* cit., pp. 14, 43.

¹²⁷ Cfr. VACCA, L., *Contributo* cit., pp. 23-25, 106-109, 136s. En su análisis sobre el método casuístico romano y la relevancia que en él llegó a tener el precedente, la autora lleva a cabo un estudio comparado entre el romano y el *common law* inglés, concluyendo que los precedentes sólo pueden darse cuando existe un desarrollo científico del derecho. La aceptación unánime por parte de la jurisprudencia es lo que permite la consolidación del principio recogido en la solución. En este sentido, cabe señalar que, por lo que respecta al *common law*, aquello que es considerado como precedente sólo son las cuestiones de derecho, no las de hecho. La *ratio decidendi* de una sentencia se va concretando mediante las decisiones de otros tribunales y de esa forma llega a reconocerse su autoridad. Por ello, sostiene Vacca, es posible identificar la *ratio decidendi* con el principio jurídico recogido en una solución, cuya autoridad es aceptada de forma generalizada.

enunciado, el cual posteriormente será utilizado como modelo según las circunstancias de cada caso concreto¹²⁸. Juliano reconocía el valor de las reglas, pero no por sí mismas, sino por su eficacia y capacidad para ordenar la realidad. Por ese motivo, cuando consideraba que una regla resultaba anacrónica, la sustituía por otra más adecuada. El criterio de la *utilitas* le habría permitido llegar a un punto de encuentro entre el pensamiento empírico y el dogmático, conservando la *ratio iuris*. Según Scarano Ussani Juliano defendía que en ciertas ocasiones prevaleciera la *utilitas communis* frente a la *ratio disputandi*. Un ejemplo lo tenemos en D. 9.2.51.2 (Iul. 86 dig.) que, a su modo de ver, revela el proceso de formación plurisecular del *ius civile* durante el que la jurisprudencia habría mantenido no pocas veces posiciones en contradicción con dicha *ratio*. Juliano, al afirmar la construcción del *ius civile* contra *rationem disputandi*, estaría defendiendo la autonomía científica del derecho y la capacidad de los juristas para *constituere* a través de una metodología propia¹²⁹.

Juliano diferenciaba entre la *ratio*, en sentido general, y la *ratio iuris*, que no siempre era racional. Las reglas habrían constituido con la *ratio iuris* una unidad, comprensible para la lógica del derecho, aunque no siempre para la racional, en sentido amplio. Por todo ello, opinaba, la ciencia jurídica tenía carácter autónomo. No obstante, admitía que, en ocasiones, la *ratio iuris* del derecho debía someterse a la voluntad del poder¹³⁰. A juicio de Scarano Ussa-

¹²⁸ BURDESE, A., *Derecho Romano* cit., p. 57.

¹²⁹ SCARANO USSANI, V., *L' utilità* cit., pp. 161s., 176s., 185, 206. La expresión *ratio disputandi* hacía claramente alusión al método de discusión dialéctico. En cierto modo, el jurista consideraba estériles muchos de los ejercicios dialécticos; sin embargo, era difícil evitarlos porque algo que tenían en común todas las ciencias de su época era el lenguaje de la lógica filosófica. Cfr. también REINOSO-BARBERO, F., *Los principios generales* cit., p. 12 considera que, para los juristas romanos, el derecho no fue una ciencia sino un arte, de lo bueno y lo justo. D. 9.2.51.2 (Iul. 86 dig.): *Aestimatio autem perempti non eadem in utriusque persona fiet: nam qui prior vulneravit, tantum praestabit, quanto in anno proximo homo plurimi fuerit repetitis ex die vulneris trecentum sexaginta quinque diebus, posterior in id tenebitur; quanti homo plurimi venire poterit in anno proximo, quo vita excessit, in quo pretium quoque hereditatis erit. Eiusdem ergo servi occisi nomine alius maiorem, alius minorem aestimationem praestabit, nec mirum, cum uterque eorum ex diversa causa et diversis temporibus occidisse hominem intellegatur. Quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet longe absurdius constitui neutrum lege Aquilia teneri aut alterum potius, cum neque impunita maleficia esse oporteat nec facile constitui possit, uter potius lege teneatur. Multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumeralibus rebus probari potest: unum interim posuisse contentus ero. Cum plures trabem alienam furandi causa sustulerint, quam singuli ferre non possent, furti actione omnes teneri existimantur, quamvis subtili ratione dici possit neminem eorum teneri, quia neminem verum sit eam sustulisse.*

¹³⁰ Cfr. SCARANO USSANI, V., *L' utilità* cit., pp. 126-133, 148, 158s. En el pensamiento de Juliano se observa la influencia tanto de Neracio como de Celso, Javoleno y otros, cuyas opiniones contrapuestas son asimiladas, puestas en relación de un modo armónico.

ni, para quienes defendían una concepción dogmática de derecho, el respeto a la *ratio iuris* era fundamental. Ahora bien, la discrecionalidad del poder imperial podía en no pocas ocasiones producir un derecho que fuera *contra rationem iuris*¹³¹. Como sostiene Vacca, las soluciones jurisprudenciales y las proporcionadas durante el Principado por la cancillería imperial en forma de *rescripta*, tuvieron la consideración de precedentes, si bien su aplicación dependía de que no fueran contrarias a la *ratio* del ordenamiento (D. 1.3.15 [Iul. 27 dig.])¹³²:

*In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris*¹³³.

Celso se expresa de modo similar en D. 1.3.39 (Cels. 23 dig.), cuando afirma que debía rechazarse la aplicación del método analógico si iba en contra de la razón, aun cuando se hubiera observado con anterioridad e incluso llegado a convertirse en costumbre¹³⁴. La jurisprudencia posterior también va a mantener este mismo criterio, como se desprende del pensamiento de Paulo recogido en D. 1.3.14 (Paul. 54 ad ed.) y en D. 50.17.141.1 (Paul. 54 ad ed.). A su modo de ver, aquello que en el pasado se ha admitido, si es contrario a la razón, no debe ser tenido en cuenta hasta sus últimas consecuencias¹³⁵:

Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias.

¹³¹ Cfr. SCARANO USSANI, V., *L'utilità cit.*, pp. 150, 155, quien pone de relieve cómo Juliano, consciente de la capacidad del príncipe para ir contra la *ratio iuris*, no admitió que esta discrecionalidad afectara a determinados ámbitos. Entre las instituciones sociales más antiguas respecto a las que mantuvo un punto de vista diferente al de Adriano estuvo, por ejemplo, la consideración del esclavo manumitido por el *filius familias miles*.

¹³² Cfr. VACCA, L., *Contributo cit.*, p. 131.

¹³³ Sobre este texto y la regla, atribuida a Paulo y recogida en D. 50.17.141pr. [Paul. 54 ad ed.], en la que se manifiesta en igual sentido, cfr. IGLESIAS-REDONDO, J., *Diccionario cit.*, p. 171. A juicio de DOMINGO, R.; RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, B. (eds.), *Reglas jurídicas cit.*, p. 63, Juliano parte de la diferencia entre la ley, declaración de potestad aprobada por el *Populus*, y el derecho, resultado de la autoridad de los juristas. Si la ley fuera injusta, por no ser conforme a la razón natural, con dificultad podría ser aplicada por los jueces.

¹³⁴ D. 1.3.39 (Cel. 23 dig.): *Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet.*

¹³⁵ Sobre estos dos fragmentos, atribuidos a Paulo, cfr. GARCÍA-GARRIDO, M.J.; REINOSO-BARBERO, F., *Digestorum similitudines* II, Dykinson, Madrid, 1994, p. 550. Su análisis palinagénico pone de relieve cómo dicha regla se formula a propósito de una cuestión planteada sobre la adquisición de bienes a través de un esclavo hereditario. Paulo sostiene una posición diferente a la de los antiguos y, en el siguiente fragmento (D. 1.3.14 [Paul. 54 ad ed.]), justifica su respuesta. Cfr. LENEL, O., *Palinogenesia cit.*, cols. 1063-1071: Liber LIV *ad edictum* (*De possessione et usucapione*) núms. 656-676. Otras rúbricas también incluidas en dicho libro son las siguientes: *De vi turba incendio etc.* (E. XXXIV) *Vī bonorum raptorum* (E. 187) cols. 1071 núm. 677; *De incendio ruina naufragio etc.* (E. 189) núm. 678.

También Modestino consideraba que la razón de derecho y la justicia se debían, por encima de todo, a las personas y a lo que para éstas resultara de mayor utilidad, tal y como se puede ver en el siguiente fragmento (D. 1.3.25 [Mod. 8 resp.]):

Nulla iuris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.

En la misma línea, Ulpiano admite que el derecho nuevo se pueda apartar del anterior siempre que razones de utilidad lo justifiquen (D. 1.4.2 [Ulp. 4 de fideic.])¹³⁶. Scarano Ussani, por otra parte, considera que la *aequitas* era una especie de *ratio* immanente al ordenamiento que se identificaba con la *mens constituentium*. Era, pues, conforme al *ius* y no podía negarlo, sino adaptarse a él, teniendo en cuenta la evolución de los tiempos¹³⁷.

Además de estas formas de *ratio*, las fuentes recogen otra dualidad, la que relaciona la *naturalis ratio* con la *civilis ratio*. Mancinetti opina, sobre la base de Gai. 1.189, que es posible distinguir entre la *naturalis ratio* y la *civilis ratio*, lo que pone de relieve la operatividad de la denominada como *magna ratio*, en virtud de la cual, aunque se tenía en cuenta la autoridad de la tradición en la resolución de un caso concreto, ésta no era guía del presente¹³⁸. En consonancia con este autor, Giliberti destaca cómo los juristas clásicos fueron en todo momento conscientes de que la razón natural dictaba reglas no siempre coincidentes con la *civilis ratio*¹³⁹.

¹³⁶ D. 1.4.2 (Ulp. 4 de fideic.): *In rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo iure, quod diu aequum visum est*. Sobre la extensión, por analogía, del derecho anterior a otros casos posteriores, cfr. D. 1.3.27 (Tert. 1 quaest.): *Ideo, quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est, semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt*.

¹³⁷ Cfr. SCARANO USSANI, V., *Valori* cit., p. 53. El aforismo medieval *Ubi est eadem ratio vel aequitas idem ius statui debet* (Ludovicus Bologninus, *ad Digestum vetus* 9.3.32, p. 713 sexta columna derecha) recoge, a juicio de DOMINGO, R.; RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, B. (eds.), *Reglas jurídicas* cit., p. 130, esta estrecha conexión entre razón, equidad y derecho.

¹³⁸ Cfr. MANCINETTI, G., *La «naturalis ratio» e la critica degli ordinamenti particolari in Gaio*, en MANTOVANI, D.; SCHIAVONE, A. (a cura di), *Giusnaturalismo romano* cit., pp. 477, 479. Gayo no alude expresamente en dicho texto a la *civilis ratio*, pero se deduce de su exposición. A juicio de ATZERI, L., *Natura* cit., p. 742s., Gayo sitúa en la *naturales ratio* el fundamento tanto del *ius naturale* como del *ius gentium*, de ahí la dificultad para diferenciarlos en ocasiones. En igual sentido, cfr. D. 1.1.9 (Gai. 1 inst.); I. 1.2.1; Gai. 1.1. La *Paráfrasis* de Teófilo resulta, a este respecto, altamente ilustrativa y hace referencia a la estrecha relación entre *ius naturale* y *iustitia*, entendida ésta como *aequitas*.

¹³⁹ Cfr. GILBERTI, G., *Omnium una libertas* cit., pp. 1903-1907. El tratamiento del problema de la esclavitud fue fundamental para el desarrollo del pensamiento ulpiniano sobre el *ius naturale* como

A juicio de Wieacker, la experiencia de los juristas romanos fue creando un conjunto de *rationes decidendi* que permitía obtener el derecho mediante el juicio de analogía resultante de la comparación de casos. Este método de comparación de casos proporcionaba coherencia al *ius civile*¹⁴⁰. De hecho, Pomponio identificaba el *ius civile* con la interpretación de los juristas (D. 1.2.2.12 [Pomp. *enchir. sing.*])¹⁴¹:

Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit, aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent, aut plebi scitum, quod sine auctoritate patrum est constitutum, aut est magistratum edictum, unde ius honorarium nascitur, aut senatus consultum, quod solum senatu constituyente inducitur sine lege, aut est principalis constitutio, id est ut quod ipse princeps constituit pro lege servetur.

En opinión de Burdese, la jurisprudencia romana supo conjugar el procedimiento lógico-argumentativo con la exigencia de utilidad, buscando la coherencia interna y el equilibrio entre tradición e innovación. Gracias a la retórica, contó con instrumentos adecuados para perfeccionar sus esquemas interpretativos y sistematizarlos. Sin embargo, no renunció por ello a los criterios de fondo sobre los que se basaba su interpretación, que provenían de su propia experiencia¹⁴². Según Guarino, los juristas desarrollaron su labor sobre la base de la costumbre tradicional y el principio objetivo de la *fides*, después

un derecho distinto del *ius gentium* (D. 1.1.4 [Ulp. 1 *inst.*]; D. 50.17.32 [Ulp. 43 *ad Sab.*]). Gracias a Ulpiano, la tradicional dicotomía *ius civile-ius gentium* se vio enriquecida con la categoría de *ius naturale*. Justiniano, en su compilación, hizo suya esta concepción tripartita del derecho.

¹⁴⁰ WIEACKER, F., *Fundamentos* cit., p. 28. Subraya cómo este proceder no se limitaba a la simple observación de casos, sino que conllevaba un análisis y una comparación de la *ratio decidendi* de los mismos. Cfr. p. 31. A juicio de HINESTROSA, F., *De los principios generales* cit., p. 190, el recurso a la *analogia iuris* permite ofrecer una solución pertinente y justa, a la par que innovadora, pues posibilita la apertura del derecho a nuevas circunstancias.

¹⁴¹ Como señala CARCATERRA, A., *Le definizioni* cit., p. 13, la interpretación de un solo jurista no era, por sí sola, relevante. Debía estar avalada por avalada por el consenso, la experiencia o bien de otros *responsa*, *leges* o *res iudicatae*. De ahí que Celso sostuviera que resultaba poco adecuado juzgar o responder considerando sólo una expresión concreta de la ley, sin atender a su totalidad (D. 1.3.24 [Cels. 9 *dig.*]: *In civile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula enius proposita iudicare vel respondere*).

¹⁴² BURDESE, A., *Derecho Romano* cit., pp. 47, 51. En la misma línea, cfr. REINOSO-BARBERO, F., *Los principios generales* cit., pp. 11, 21 afirma que la misión del jurista era proporcionar regulación inmediata a las relaciones humanas de acuerdo con el criterio de la *utilitas*, sin entrar a realizar otras consideraciones de orden sistemático o científico. Su interés por teorizar o generalizar se limitaba a aquellos casos donde era necesaria alguna aclaración, pero siempre que sirviera para resolver problemas concretos.

calificado como *bona fides*. La innovación fue resultado de la actuación del pretor, que incorporó en su edicto novedades, objeto de interpretación posterior por parte de los juristas¹⁴³. Schiavone destaca cómo algunos principios que, en la Roma arcaica y aristocrática, tenían valor religioso o mágico, adquirieron con el paso del tiempo naturaleza de reglas morales. Entre ellos, habría que situar a la *fides*, la cual entra a formar parte del pensamiento jurídico y de la práctica procesal romana en el s. II a.C. En esta evolución resulta fundamental la gran aportación de Quinto Mucio, que convierte la *bona fides* en un criterio abstracto, en un punto de referencia de toda una serie de figuras jurídicas de origen diverso y en elemento interno de la estructura de la relación jurídica. De ser mera expresión procesal de una tendencia interpretativa referida a los contratos de *ius gentium*, pasa a ser medida del comportamiento de las partes en relación con la función social de la relación. Gracias a la abstracción, señala Schiavone, un valor del pasado servía para orientar el presente¹⁴⁴. De esa forma, la tradición no fue superada sino actualizada, pues el término *fides*, entre otras acepciones, puede ser entendido como lealtad. Este es el sentido en que es utilizado por Neracio, según ha puesto de relieve Scarano Ussani, tal y como se desprende de D. 18.3.5 (Nerat. 5 *membr.*)¹⁴⁵:

Lege fundo vendito dicta, ut, si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit, de fructibus, quos interim emptor percepisset, hoc agi intellegendum est, ut emptor interim eos sibi suo quoque iure perciperet: sed si fundus revenisset, aristo existimabat venditori de his iudicium in emptorem dandum esse, quia nihil penes eum residere oporteret ex re, in qua fidem fefellisset.

Con el advenimiento del Principado, el objeto de la interpretación de los juristas pasó a ser la actividad normativa del príncipe¹⁴⁶. Guarino sitúa, en el

¹⁴³ GUARINO, A., *Le ragioni del giurista. Giurisprudenza e potere imperiale nell'età del Principato romano*, Jovene, Napoli, 1983, p. 327 pone de relieve cómo el pretor, a través de su edicto, introduce principios nuevos inspirados por la *aequitas*, que se convierten en criterios referenciales para resolver los casos planteados durante el año de su magistratura. Acerca de la diferencia entre la recepción, como fuente del derecho, de las *mores* de época clásica y la *consuetudo* del período justiniano, cfr. GALLO, F., *La recezione* cit., pp. 132s.

¹⁴⁴ Cfr. SCHIAVONE, A., *Giuristi* cit., pp. 70s. La relación entre la buena fe y la justicia es puesta de relieve por Cicerón en *de off.* 1.23, tal y como destaca WALDSTEIN, *Equità* cit., p. 301.

¹⁴⁵ Cfr. SCARANO USSANI, V., *Valori* cit., p. 44.

¹⁴⁶ Cfr. BURDESE, A., *Derecho Romano* cit., pp. 53-55. Por su parte, GUARINO, A., *Le ragioni* cit., 316-319 defiende la existencia de un edicto ciudadano y otro provincial, que explicaría por qué Gayo realiza el comentario de uno y otro de forma independiente. Sólo Paulo y Ulpiano trataron ambos edictos conjuntamente. Esto, en cualquier caso, no significa que los textos estudiados fueran

período comprendido entre Adriano y los Severos, el fin de la productividad del llamado *ius vetus* y su sustitución por la actividad *extra ordinem* del príncipe. Éste, asistido por los juristas, se convierte en director de la evolución del derecho. Gracias a esta colaboración, la jurisprudencia conservó su prestigio social, si bien perdió autonomía¹⁴⁷. Además, como señala Reinoso Barbero, se produjo otro cambio significativo: la jurisprudencia se desvinculó del caso concreto y de la práctica, preocupándose sobre todo por teorizar. Comienza así su decadencia, que significará el fin de una de las fuentes vivas de creación del derecho romano¹⁴⁸.

5. CONCLUSIÓN

El análisis de las características del método interpretativo utilizado por los juristas romanos nos revela cómo tradición e innovación no están reñidas, antes bien su combinación genera interesantes resultados. El jurista romano, atento siempre a la realidad jurídica, al caso concreto sometido a su consideración, buscaba la solución más justa valiéndose de su saber y de su técnica. Ahora bien, no rechazaba el valor de la tradición, pues ésta ponía de manifiesto la existencia de una práctica, aceptada hasta ese momento y, por tanto, útil para resolver una controversia. Sin embargo, cuando la situación requería una solución distinta, el jurista tenía suficiente flexibilidad como para, sin alejarse de los principios orientadores de su actividad de búsqueda de la justicia, proporcionar una respuesta, distinta a la tradicional, pero conforme a la *ratio iuris*.

uno solo. Guarino explica el hecho de ser Gayo el único jurista que comenta ambos edictos de manera separada con el argumento de que la mayoría prefirió tratar las cláusulas del *edictum praetoris* e incluir su opinión sobre las específicas del edicto provincial en los lugares oportunos.

¹⁴⁷ GUARINO, A., *Le ragioni* cit., pp. 56s. Guarino considera que, gracias a la libertad con la que la *cognitio extra ordinem* desarrollaba su actividad, el derecho se humanizó y perdió la rigidez característica del *ius vetus*, consecuencia de un excesivo tradicionalismo.

¹⁴⁸ Cfr. REINOSO-BARBERO, F., *Los principios generales* cit., p. 47.